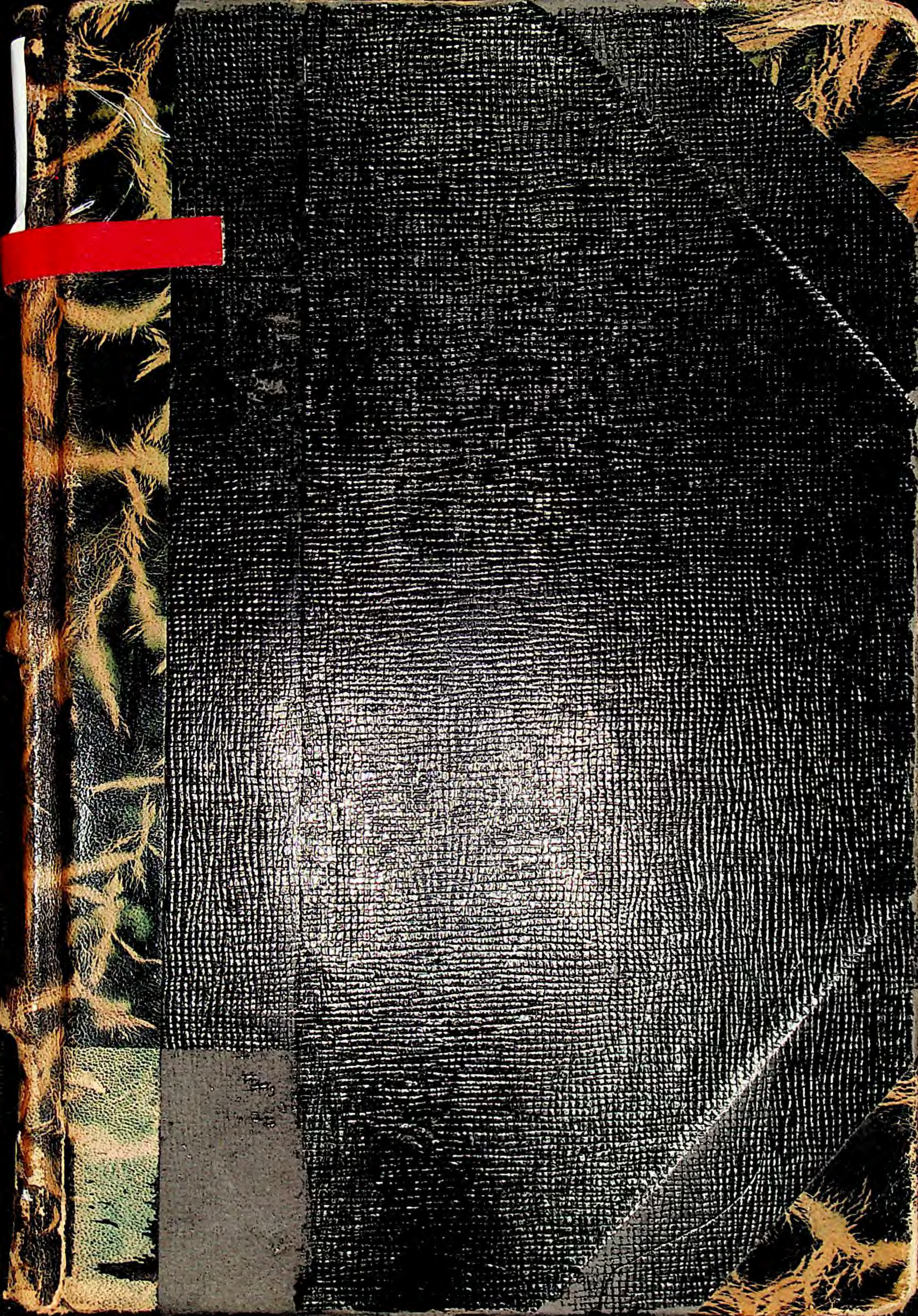


Acc: 80856

الحسامي
خاتم عبد الهادي

أحكام الأحوال الشخصية

في الشريعة الإسلامية

على مذهب الامام أبي حنيفة وما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية

تأليف

عبد الوهاب خلاف

أستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول

جامعة بيرزيت
مركز الحقوق / المكتبة
٧٠٨
LAW CENTER/LIBRARY
BIRZEIT UNIVERSITY

SPC
KRM
540
K43
1938
RBK

[الطبعة الثانية]

مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة

١٣٥٧هـ — ١٩٣٨م

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم لك الحمد، أقمت الدليل، فأنرت السبيل، وأرسلت المرسلين، مبشرين ومنذرين، وقلت وقولك الحق: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾.

وهـذه أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية، جمعت فيها بين مذهب الإمام أبى حنيفـة وما عليـه العمل الآن بالمحـاكم الشرعية المصرية من المذاهب الأخرى، وراعيت قدر استطاعتى أن أبسط عبارة الحكم وأقرنه بدليله وحكمة تشريعه، وأذكر مواد القوانين الموضوعية التى أخذت من المذاهب الأخرى والأسـباب الباعثة على الأخذ بهـا، وما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات الايضاحيـــة.

وإنى أعترف بالفضل للسابقين، وأسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء، ويوفقنى إلى ما أبتغيه من خدمة الفقه الاسلامى ونفع طالبيه ؛

عبد الوهاب خلاف

رجب سنة ١٣٥٥ هـ (أكتوبر سنة ١٩٣٦ م)

الموضـــوعات

الزواج :

تعريفــه ، حكمة تشريعه ١٣

مقدّمات الزواج :

الخطبة ، ما يباح فيها ١٦ — من تباح خطبتها ١٨ — فسخ الخطبة وما يترتب عليه ٢٠

أركان الزواج :

الايجاب والقبول وما يشترط فيهما ٢١

شـــروط الزواج :

شروط انعقاده أربعة ٢٣ — شروط صحته اثنان ٢٥ — شروط نفاذه اثنان ٢٧ — شروط لزومه واحد ٢٨ — شروط سماع الدعوى به اثنان ٢٩ — شروط تسجيله فى الوثيقة الرسمية واحـــد ٣٢

صـــيغة الزواج :

تنجيزها وتعليقها واضافتها الى زمن مستقبل واقترانها بشرط ٣٦

حكم الزواج :

إمّا فرض أو واجب أو ســنة أو حرام أو مكروه ٣٨ — حكم الزواج الباطل ، حكم الزواج الفاسد ٣٩ — حكم الزواج الموقوف ، حكم الزواج الصحيح النافذ ٤٢

المحرّمات من النساء :

حكمة تحريمهن ٤٤ — المحرّمات تحريما مؤبدا : بسبب النسب ، بسبب المصاهرة ٤٦ — بسبب الرضاع ٤٨ — المحرّمات تحريما مؤقتـا : زوجة الغير ومعتـدّته ٥١ — المحـرم على المحرم ٥٢ — الخامسة لمن فى عصمته أربع ٥٣ — المطلقة ثلاثا ، من لا تدين بدين سماوى ٥٥ — الأمة على الحرّة ٥٧

الولاية على الزواج :

من تثبت عليـه ولاية التزويج ، من تثبت له ولاية التزويج ٥٨ — ترتيب الأولياء فى حق التزويج ٥٩ — شروط الولى ، غيبة الولى وعضله ٦١ — أحكام تزويج الأولياء ٦٢ — أحكام تزوج الكبير أو الكبيرة بنفسه ٦٤

الوكالة بالزواج :

من له حق التوكيل وسلطة الوكيل فى إنابة غيره عنـه ومهمته ٦٦ — متى ينفـذ تزويج الوكيل على موكله ومتى لا ينفذ ٦٧ — متى ينفذ تزويج الوكيل على موكلته ومتى لا ينفذ ٦٨

الكفاءة فى الزواج :

التكافؤ للزواج معتبر فى أمور ستة ٧٠ — من له الحق فى الكفاءة ٧٢ — فيمن تعتبر الكفاءة ومتى تعتبر ٧٤

حقوق الزوجة على زوجها :

(١) المهـر : تعريفه وسبب وجوبه ودليل وجوبه ٧٦ — أقل المهر شرعا وما يصح أن يكون مهرا ٧٧ — من له الحق فى المهر ٧٨ — متى يكون المهر الواجب عشرة دراهم فقط ٧٩ — متى يكون المهر الواجب مهر المثل ٨٠ — متى يكون المهر الواجب هو المسمى فى العقد ، متى يكون المهر الواجب أقل هذين المهرين ٨١ — زيادة المهر بعد العقد والحط منه ٨٢ — متى يجب للزوجة مهرها بتمامه ٨٣ — متى يجب للزوجة نصف مهرها ٨٦ — متى يجب للزوجة المتعة ٨٩ — متى لا يجب للزوجة شىء من المهر ، اقتران المهر بشرط ٩٠ — قبض المهر وحق التصرف فيـه ٩٣ — ضمان المهر ٩٥ — هلاك المهـر واستهلاكه واستحقاقه ٩٧ — قضايا المهر ٩٨ — الجهاز وأثاث البيت ١٠٢ — قضايا الجهاز والأثاث ١٠٤

(٢) نفقة الزوجية : تعريفها ودليل وجوبها وسبب استحقاقها ١٠٦ — شروط استحقاقها ومن تستحقها ومن لا تستحقها ١٠٧ — تقدير النفقة وأساس تقديرها ١١١ — نفقـة زوجة الغائب ١١٤ — متى تكون نفقة الزوجة دينا على زوجها ١١٦

(٣) عدم الاضرار بالزوجة : دليله وما يترتب على الاضرار ١٢٠

(٤) العـدل بين الزوجات : دليله والمراد به شرعا ١٢١

حقوق الزوج على زوجته :

(١) الطاعـــة : دليلها والمراد منها شرعا ١٢٢

(٢) ولاية التأديب : دليلها وحدودها شرعا ١٢٣

الحقوق المشتركة بين الزوجين :

حسن المعاشرة وحرمة المصاهرة والتوارث وملك المتعة ١٢٣

زواج المسلم بالكتابيات :

حكمه والفروق بينه و بين زواجه بالمسلمة ونظام عقده فى مصر ١٢٤

زواج غير المسلمين بعضهم ببعض :

حكمه ومتى يتعرض لهم فيه ومتى لا يتعرض ١٢٧

الطـــلاق :

تعريفه ١٣١ — حكمة تشريعه ١٣٢ — لم استقل به الزوج دون الزوجة ولم شرع ثلاثا ١٣٣ —
من يقع منه الطلاق ١٣٤ — من يقع عليها الطلاق ١٣٦ — ما يقع به الطلاق ١٣٨ —
عدد الطلقات ١٣٩

صـيغة الطـلاق :

إما منجزة أو معلقة أو مضافة الى زمن مستقبل أو يمين ١٤١

أنـواع الطـلاق :

إما رجعى أو بائن بينونة صغرى أو بائن بينونة كبرى ١٤٣

حـكم الطـلاق :

الأصل فيه الحظر وقد يكون واجبا ومندوبا وسنيا وبدعيا ١٤٦ — الطلاق الرجعى وحكمه ١٤٨
الطلاق البائن بينونة صغرى وحكمه ١٥٠ — الطلاق البائن بينونة كبرى وحكمه ١٥١

طلاق المريض مرض الموت :

تعريف مرض الموت وحكم الطلاق الواقع فيه ١٥٢

تفويض الطلاق الى الزوجة :

تكييف التفويض وصيغته وأحوالها ١٥٤

الخلـــع :

تعريفـه . شرطه . صفته . بدله . صيغته . حكمه ١٥٧

الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة :

(١) لعدم الانفاق ١٦٥

(٢) للعيب ١٦٨

(٣) للضرر ١٧٠

(٤) لغيبة الزوج سنة فأكثر بغير عذر ١٧١

(٥) لحبس الزوج ثلاث سنوات فأكثر ١٧٢

فسخ الزواج :

الفرق بين الطلاق والفسخ ، متى يتوقف الفسخ على القضاء ١٧٢

العـــدّة :

تعريفها وسبب وجوبها ١٧٤ — حكمة تشريعها ١٧٦ — أنواعها : العدّة بالقروء ١٧٦ — العدّة بالأشهر ، العدّة بوضع الحمـل ١٧٧ — تحوّل العـدّة من نوع الى نوع ١٧٨ — مبدأ العدّة ١٨٠ — واجب المعتدّة ١٨١ — نفقة المعتدّة وشرط استحقاقها ومن تستحقها ومن لا تستحقها ١٨٢

ثبوت النسب بالفراش :

المراد شرعا بالفراش ومتى تعتبر الزوجية فراشا ١٨٥ — أقل مدّة الحمل وثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح ١٨٧ — ثبوت النسب حال قيام انزواج الفاسد ، ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة ١٨٩ — أقصى مدّة الحمل وثبوت النسب بعد الفرقة بالطلاق أو الوفاة ١٩٠ — مقارنة بين مذهب أبى حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم الشرعية المصرية فى ثبوت النسب ١٩١

ثبوت النسب بالاقرار :

الفرق بين الاقرار بالبنوّة والأبوّة وبين الاقرار بالأخوّة والعمومة ١٩٤

ثبوت النسب بالبينة :

الفرق بين الدعوى بالبنوّة والأبوّة والدعوى بغيرهما ١٩٧

اللقيـــط :

التقاطه والولاية عليه والفرق بينه وبين الدّعى ٢٠٠

الرضـاعـــة :

الرضاعة المحـرّمة للزواج ٢٠٢ — الرضاعة الواجبة للطفل . متى تجب على أمه ٢٠٤ — أجرة الرضاعة متى تستحق للأم ولغيرها ٢٠٥ — اذا وجدت متبرعة بالرضاعة ٢٠٦

الحضـانة :

تعريفها ومستحقوها وترتيبهم ٢٠٧ — شروط الحاضنة ٢٠٨ — مدّة الحضانة، أجرة الحضانة ومن تستحقها ومتى تستحق ٢١٠ — الحضانة فيها حق للصغير والحاضنة ٢١١ — التبرع بالحضانة ومقارنته بالتبرع بالرضاعة ٢١٢ — سفر الحاضنة بالولد ٢١٣ — بعد انتهاء مدّة الحضانة ٢١٤

نفقات الأقارب :

النفقـة الواجبة للفرع على أصله فى وجود الأب ٢١٧ — النفقة الواجبة للفرع على أصله فى عدم وجود الأب ٢٢١ — النفقة الواجبة للأصل على فرعه ٢٢٢ — نفقات ذوى الأرحام بعضهم على بعض ٢٢٤ — تقسيم ابن عابدين لمن تجب عليهم النفقـة ٢٢٥ — زوجة المستحق للنفقـــة ٢٢٨

مقارنة بين أنواع النفقات :

من جهة سبب الوجوب ٢٢٩ — من جهة حكمة الايجاب ٢٣٠ — من جهة الشرط فيمن تجب عليـه ٢٣١ — من جهة صيرورتها دينا على من تجب عليه ٢٣١ — من جهة الاختصاص القضـائى ٢٣٢

الحجْـــر :

تعريفـه ٢٣٤ — دليله وحكمة تشريعه ٢٣٥ — أسـبابه ٢٣٦ — أثره فى الصغير غير المميز والمجنون ٢٣٧ — أثره فى الصغير المميز والمعتوه المميز ٢٣٨ — أثره فى السفيه وذى الغفلة ٢٣٨ — متى يثبت الحجر ٢٣٩ — الحجر على المدين ٢٤٠ — رفع الحجـر ٢٤١

الولاية على المـال :

من تثبت له الولاية المالية ومن تثبت عليه ، ولاية الأب ٢٤٣ — ولاية وصى الأب ٢٤٥ — ولاية الجدّ ووصـيه ٢٥٠ — ولاية القاضى ووصـيه ٢٥١ — مقارنة بين هذه الأحكام وما عليه العمل بالمجالس الحسبية المصرية ٢٥٣ — محاسبة الوصى والولى ٢٥٦ — أجرة الوصى ٢٥٧ — موت الأب أو وصيه مجهلا ٢٥٨

المفقـــود :

تعريفه وادارة شـئونه والمختص بشئونه ٢٥٩ — أحكامه : ما يعتبر حيا بالنسبة له وما لا يعتبر حيا ٢٦٠ — متى يحكم بموته وما يترتب على هذا الحكم ٢٦١ — ظهور حياته ٢٦٢

المريض مرض الموت :

تعريف المرض وتصرفات المريض الانشائية والاخبارية ٢٦٣ — ديون الصحة وديون المرض ٢٦٦

الهبـــة :

تعريفها وركنها ٢٦٧ — شروطها : فى الواهب ٢٦٩ — فى الموهوب له ٢٧٠ — فى صـيغة الهبـة ٢٧١ — فى الشىء الموهوب ٢٧٢ — قبض الموهوب ٢٧٤ — هبة المفرز المنفصل عن غيره ، هبـة المشاع ٢٧٥ — هبـة المتصل بغيره ٢٧٦ — الهبة بشرط العوض ٢٧٧ حكم الهبة : موانع الرجوع فيها ٢٧٧ — جهة الاختصاص بقضايا الهبة ٢٧٩

الوصـــية :

تعريفها وركنها ٢٨١ — شروطها : فى الموصى وفى الموصى له ٢٨٣ — فى الموصى به ٢٨٦ — نفاذ الوصية ٢٨٦ — ماتنفذ فيه الوصية : الوصية بالمنفعة ٢٨٩ — حكم الوصية ٢٩١ — القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ : ٢٩٣ — القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : ٢٩٦

احكام الأحوال الشخصية

فى الشريعة الإسلامية

الزواج

تعريفـــه — الزواج فى اللغــة العربية هو الاقتران والازدواج ؛ يقال : زوّج الرجل إبله اذا قرن بعضها ببعض . ومنــه قوله تعــالى : ﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ ﴾ أى وقرناءهم ، والفعل يتعــدّى بنفسه و بالحرف ؛ يقــال : تزوّجت فلانة وتزوّجت بها ، وزوّجنيها وليّها وزوّجنى بها .

وفى الشريعــة الاسلامية هو عقــد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ، ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه .

فهو من عقود التمليك ، والملك فيه وارد قصدا على متعة كل واحد من الزوجين بالآخر ؛ ولذا عرّفه بعض الفقهاء بقوله : هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا .

وهو من عقود التمليــك التى يترتب عليهــا أثرها فى الحــال غير محدود بزمن ؛ ولذا لا يقبل إضافته الى زمن مستقبل ولا توقيته بوقت مّا طو يل أو قصير .

فمتى تحققت أركان العقد وتوافرت شرائطه الشرعية حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر بعــد ما كان حراما عليهما ، واستحقت الزوجة على زوجها المهــر والنفقة ، والعدل بينها و بين ضرائرها إذا تعدّدت الزوجات . واستحق الزوج على زوجتــه الطاعة ، وولاية التأديب المشروع ، وعدم خروجها عن إذنه . واستحق كل منهما على الآخر حسن المعــاشرة ، وحرمة المصــاهرة ، والتوارث . وسنبين بالتفصيل حقوق الزوجية وواجباتها الخاصة المشتركة .

حكمة تشريعه — شرع الله الزواج وأحكامه لحكم عدّة :

(أوّلهــا) بقاء النوع الانسانى على أكمل وجوه البقاء الى الأجل الذى قدّر الله أن ينتهى بقاء الانســان اليه ، و بيان ذلك أن مجرّد بقاء النوع يتحقق بمجرّد الاختلاط

بين ذكوره وأناثه وتوالدهما، كما بقيت أنواع الحيوانات بمجرد اجتماع ذكورها بإناثها ، ولكن الله سبحانه تكريما للنوع الانسانى شرع الزواج وأحكامه نظاما لاجتماع أفراده ليكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء ، لأن موجب الزواج الشرعى الاختصاص وأن تكون الزوجة حلالا لزوجها وحده لا يملك غيره حق الاستمتاع بها ، وهذا الاختصاص يجعل بقاء النوع الانسانى على أكمل وجوه البقاء من ناحيتين : إحداهما أنه يحول دون تزاحم عدّة من الرجال على امرأة واحدة فيأمن الناس التظالم والتقاتل اللذين يؤدّى اليهما ذاك التزاحم . والثانيـة أنه يحفظ الأنساب ويجعل لأولاد كل زوجة أبا معروفا يتكفل برعايتهم والمحافظة عليهم فى طفولتهم وبعـدها حتى يبلغوا أشدّهم فيأمنوا الضياع والفناء .

ففى سـدّ الذريعة الى التقاتل والتظالم ، وفى قيـام كل أب بالمحافظة على بنيه والعناية بهم، بقاء لأفراد النوع على أكمل وجوه البقاء .

ولا كذلك اذا كان الاجتماع على غير نظام الزواج الشرعى ولم يكن الاختصاص بل كان الشيوع والاشتراك فان هذا يؤدّى الى التقاتل ولا يعرف معه نسب لمولود فينشأ الطفل لا يعرف له أب يدفع عنه غوائل الهلاك فى طفولته ويرعاه فيما بعـد ذلك حتى يبلغ أشدّه فان نجا من الفناء بقى بقاء الهمل .

فالتناسـل، وتوزيع مسئولية المحافظة على النسـل والقيام بشئونه بين الآباء، وتأمين أفراد النـوع من التظالم والتقاتل هى أولى الأغراض من تشريع الزواج وأحكامـه .

ومن هذا تفهم الحكمة فيما رواه أبو داود عن معقل بن يسار أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوّجها ؟ فنهاه . ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك . ثم أتاه الثالثة فقال " تزوّجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الأمم " .

(وثانيهـا) تحديد العلاقة بين الزوجين و بيـان حقوق كل منهما قبل الآخر وواجباته عليه ، لأنه ما دام اجتماع الذكور بالأناث من الضرورات التى اقتضتها الفطرة الجنسـية لا بدّ من تشريع نظام يقوم على أساسه هذا الاجتماع حتى يأمن أحدهما عدوان صاحبه ويثمـر الاجتماع ثمرته المقصودة من تعاون الزوجين وقيـام الزوج بأعباء الحياة الخارجية وقيام الزوجة بالشئون المنزلية وسكون أحدهما الى الآخر وأنسـه به واطمئنانه اليـه وتبادلهما المودة والرحمة التى أشار الله سبحانه اليها بقوله فى سورة الروم : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ .

(وثالثهـا) تحصين النفس وقضاء حاجاتها الجنسية من الطريق التى أحلها الله والبعد بها عن انتهاك الحرمات . وفى هذا حفظ الأخلاق والأعراض ووقاية من الشحناء والبغضاء . قال الله تعالى فى سورة النساء بعد بيان المحرمات : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ ، أى أن الله سبحانه أحل لكم من النساء ما عدا هذه المحرمات التى بيّنها لتبتغوها بأموالكم ومهوركم حلائل لكم قاصدين تحصين أنفسـكم من الوقوع فى الحـرام والزنا . وروى البخارى ومسـلم عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوّج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وِجاء[1] » .

وروى البيهقى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : «اذا تزوّج العبد فقد استكمل نصف الدين فليتق الله فى النصف الباقى » .

فالزواج نظام إلهىّ شرعه الله لمصلحة المجتمع الانسانى وسـعادة أفراده وحفظ كيان الأسرة التى هى عماد الأمة ، ولهـذا حثّ عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ورغّب فيه بعدّة أحاديث صحيحة .

---

(١) الباءة : مؤونة الزواج وما يقتدر به عليه . والوجاء : الوقاية .

منهـا ما رواه مسلم والنَّسائى عن عبـد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » .

وما رواه أبو داود والحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال : « ألا أخبركم بخـير ما يكنز المرء : المرأة الصـالحة ، اذا نظر اليهـا سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته » .

وما رواه ابن ماجه عن أنس بن مالك أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من أراد أن يلق الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » .

وما رواه ابن ماجه عن عبـد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تزوّجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوّجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوّجوهن على الدِّين ، ولأَمَـة خرماء سوداء ذات دِين أفضل » .

وليس شيء أضر بالأمّة وأدعى الى فنائها وانتشـار الفسق والفجور فيهـا من إعراض شـبابها عن الزواج ، وإذا رئى أن الزواج بين بعض الأزواج مصـدر للخصومات والشقاء وتبادل الكيد والاضرار فليس منشأ هـذا أن الزواج نظام غير صالح ، وإنمـا منشؤه أن هؤلاء الأزواج أساءوا استعمال هذا النظام ولم يسيروا على سنن الدين لا فى خطبـة الزوجات ولا فى العشرة الزوجية ولم يقفوا عنـد حدوده فكانت زوجيتهم مصدر شقائهم ، وكذلك كل قانون عادل أو نظام صالح إذا أسيء تطبيقه أنتج نقيض ما شرع لأجله ، ولو أن الحياة الزوجية قامت على أساس ما شرعه الله من حسن الاختيار والمعاشرة بالمعروف وقيـام كل واحد من الزوجين بواجبه ما كانت مصدر نزاع أو شقاء .

مقدّمات الزواج — ولمـا كان الغرض من الزواج العشرة الدائمـة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحيـاة وحاجات الانسان كان لا بدّ لمن أرادا

التزاوج أن يكون كل منهما على بيّنـة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقـدة الزواج حتى لا يكون الاقتران على عَمًى . ولهـذا شرع الله أحكام الخِطبة وهى أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها، ومع كون المخطوبة أجنبية من خاطبها ندب الشارع له أن يبصر وجهها وكفيها وقدميها، و يكرر هذا الابصار اذا دعت الحال، ولكن لا يباح له أن يبصر مخطوبته مختليا بها بل لا بدّ أن يكون معهما مَحْرم لهـا كأبيها أو أخيها أو عمهـا .

والأصل فى هذا ما روى من أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنظرت اليها » ؟ قال لا ، فقال عليه السلام : « أنظر اليها فانه أحْرَى أن يُؤدم بينكما» .

والحكمة فى إباحة ابصـار الوجه أنه جماع محاسن الانسان الخِلقية ، وملامحه وأسرَّته تنم عن جملة الحال النفسية فاذا تراءى الخاطب ومخطوبته تعرّف منها مثل ما تتعرّف منه ووقعت فى قلب كل منهما للآخر إحدى المنزلتين من الميل أو النفور .

والحكمة فى إباحة ابصار الكف والقدمين أنهما تنمان عن حال الجسم .

فبابصار الوجه والكفين والقدمين وتكرير هذا الابصار عند الاقتضاء يتعرّف كل منهما جملةً حال صاحبه . وأمّا تعرّف الحـال الخلقية بالتفصيل فهذا سـبيله التحرّى ممن خالطوا الاثنين بالمعاشرة أو الجوار ولا يجدى فى معرفتـه اجتماع مرة أو مرات فى بضـع ساعات قد يظهر كل واحد منهما فيهـا بغير نفسه الحقيقية ؛ كما قيل فى أمثال الناس "كل خاطب كاذب" .

والحكمة فى حظر خلوة الخاطب بمخطوبته واشتراط أن يكون معهما محرم لهـا هو سد الذرائع إلى الشر ومقاومة دواعى النفس الأمارة بالسوء .

وهذا السنن فى الخِطبة هو السنن المستقيم والوسط المعتدل بين إفراط من غلَوْا فى الحجاب، ومنعوا أن يبصر الخاطب مخطوبته فيتم الزواج بين اثنين قد لا تأتلف

روحاهما ولا يؤدم بينهما وهذا مصدر للشقاء، وبين تفريط من أسرفوا فى الخيال وأباحوا للخاطب الخلوة والخلطة فعرضوا الأعراض للأخطار ومقالة السوء وخاصة إذا عدل الخاطب عن خطبته ، فالإفراط والتفريط غير محمودى العاقبة والخير فى الاعتدال .

من تباح خطبتها — ولا يباح للخاطب أن يخطب امرأة للزواج بها إلا إذا توافر فيها أمران : (أولهما) أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية التى تمنع زواجه بها فى الحال . (وثانيهما) ألا تكون مخطوبة لغيره خِطبة شرعية .

فان لم تكن خالية فى الحال من الموانع الشرعية بأن كانت محرمة عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبدة ؛ كأخته نسبا أو رضاعا، أو المؤقتة كزوجة غيره أو معتدته فلا تباح له خِطبتها لأن الخطبة وسيلة الى العقد ومقدمة له ، وإذا كانت النتيجة غير ممكنة الحصول فى الحال فالاشتغال بالوسيلة عبث يصان العاقل عنه ، ولأن فى خِطبة زوجة الغير أو معتدته إيذاء لهذا الغير واعتداء عليه والله لا يحب المعتدين . ولهذا لا تحل خِطبة معتدة الغير سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى ؛ لأنها ما دامت فى العدة فحق زوجها متعلق بها وفى خطبتها اعتداء عليه سواء كانت الخطبة بصريح العبارة أو بطريق التعريض .

واستثنى من هذا حال واحدة، وهى ما إذا كانت المعتدة معتدة وفاة فإنه تباح خطبتها بطريق التعريض فقط ولا تباح بالتصريح .

ودليل هذا الاستثناء قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ .

المراد بالنساء فى هذه الآية معتدات الوفاة؛ لأن الآية التى قبلها فى شأن الذين يتوفون ويذرون أزواجا والله نفى الجناح والإثم فى التعريض بخطبتهن خطبة المتوفى

عنها زوجها بطريق التعريض مباحة . والحكمة فى هذا الاستثناء أن الوفاة قطعت رباط الزوجية لا الى عودة، وهــذا من شأنه أن يجعل الراغب فى زواج المتوفَّى زوجها لا يتحرّج من خطبتها فى عدّتها ، والى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ ﴾ . ولكن لمراعاة جانب ورثة المتوفَّى وعدم إيذائهــم بخطبة زوجة موتّهم وهى لا تزال فى عدّته . ولحال الحزن والحداد التى تكون عليها المتوفى عنها زوجها وفاء له ، حظر التصريح بخطبتها واكتفى باباحة التعريض بها فقط .

والفرق بين التصريح والتعريض : أن التصريح هو أن تذكر كلاما صريحا تقصد ما يدل عليه ؛ كأن يقول الخاطب : أرغب فى زواجك أو أريد أن تكونى زوجة لى . وأما التعريض فهــو أن تذكر كلاما لا تريد معنــاه الظاهر بل تريد به معنى آخر يفهم منه بالقرائن ؛ كأن يقول الخاطب : أنت خير زوجة أو وددْت لو يُسّرت لى زوجة صالحة ، والقرائن تدل على ما يريد من خطبتها .

و إن كانت ممن تحل له ولكنها مخطوبة لغيره خِطبة شرعية فلا تباح له خطبتها مادامت خِطبة غيره قائمة ولم يبت فى أمرها لأن هــذا اعتداء على الغير . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خِطبة أخيه حتى يذر » .

و إذا خطب خاطب امرأة لا تباح له خطبتها شرعا أثِم ديانةً ، ولكن لا أثر لهذا الاثم قضاء ، فلو خطب معتدة غيره ثم بعد انقضاء عدّتها عقــد زواجه بها صح العقد ما دام قد استوفى شرائطه الشرعية . و إثمــه الذى ارتكبه بخطبتها خطبة غير مباحة لا أثر له فى صحة العقد بعد أن صارت غير محرّمة عليه .

ومن مقدّمات الزواج التى اعتاد بعض الناس تقديمها عليه : قراءة الفاتحة للدلالة على التراضى به ، وحصول الوعد به من الجانبين ، وقبول كل منهما هدايا الآخر ، وقبول الزوجة أو وليّها المهر كله أو بعضه .

وهـذه المقدمات من الخطبة أو قراءة الفاتحة أو التواعد أو التهادى أو قبول المهر أو بعضه لا تعتبر زواجا شرعا ولا تربط أحدهمـا بالآخر برباط الزوجيـة؛ فللخاطب أن يعـدل عن خطبته وللمخطوبة أن تعدل عن قبوله ولكل منهما أن ينقض وعده (١).

وإذا فسخت الخطبة سواء أكان بسبب عدول الخاطب أو المخطوبة أو عدولهما معا فان ما قدمه الخاطب من المهر له الحق فى استرداده، فان كان قائمـا يجب ردّه اليـه بعينه ، وان كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله أو قيمته لأنه دفع على أنه ممـا يجب بالزواج ، وما دام الزواج لم يوجد فلم يستحق شىء من هـذا الواجب وهو حق خالص للخاطب يجب رده اليـه . وأما ما قدمه الخاطب من الهدايا فهو هبة وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع. وعلى هـذا اذا كان ما أهداه الخاطب لمخطوبته قائمـا فى يدها لم يطرأ عليه ما يمنع الرجوع فيه كخاتم أو ساعة أو عقد لم يطرأ عليه طارئ فللخاطب الحق فى استرداده، وأما إذا كان ما أهـداه الخاطب لمخطوبتـه ليس قائمـا عندها على حاله بأن هلك أو استهلك أو تغير بالزيادة أو باعته، كأن كان طعاما فأُكل أو خاتما فضاع أو قماشا فخيط ثوبا؛ ففى كل هذا ليس للخاطب الحق فى استرداد ما أهداه ولا استرداد بدل عنه لأن هلاك الموهوب وخروجه من يد الموهوب له والزيادة المتصلة فيه كلها من

---

(١) وهـذا هو حكم الفقه والقضاء وهو مبـنى على أنه ما دام لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام ، وأما حكم الأخلاق فلا ينبغى للانسان أن يخلف وعده و يرجع فى عزمه . فمن فسـخ الخطبة لغير ضرورة ملجئة فقد ارتكب رذيلة وأجرم خلقيا .

وقد حكمت بعض المحاكم الأهلية والمختلطة بالتعويض على من فسخ الخطبة لغير مبرر، و بنت حكمها على أن العدول عن الخطبة حق للخاطب والمخطوبة ولصاحب الحق أن يستعمل حقه ولكن اذا أدّى استعمال حقـه الى الحاق الضرر بغيره بدون مبرر فعليه التعويض عن هـذا الضرر فله حق العدول وعليه تعويض الضرر؛ فأساس الحكم أمران : سوء استعمال الحق وترتب الضرر، وقد أفتى المرحوم الشيخ محمد بخيت بأن لا وجه للالزام بهذا التعويض . وفتواه منشورة بمجلة المحاماة الشرعية ع – ١ س – ٢ وهى موضع نظر .

موانع الرجوع فى الهبة على ما سيبيّن فى موضعه، واذا اختلف الخاطب والمخطوبة فى أن ما قدّم مهر أو هديّة فسيبيّن الحكم فى هذا فى قضايا المهر .

وإنمـا الذى يربط أحدهمـا بالآخر هو عقـد الزواج الشرعى الذى تحققت أركانه واستوفى شرائطه .

أركان الزواج

أركان كل عقـد هى أجزاؤه التى يتركب منهـا و يتحقق بهـا وجوده وانعقاده وهى العاقدان ، والمعقود عليـه ، وصيغة العقد المكوّنة من الايجـاب والقبول . ولمـا كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء فى بيان أركان الزواج على قولهم : أركان الزواج الايجاب والقبول .

فالايجاب هو ما صدر أوّلا من أحد العاقدين تعبيرا عن إرادته فى إيجاد الارتباط و إنشائه . والقبول هو ما صدر ثانيا من الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأوّل ، وقـد يكون الموجب أى البـادئ هو الزوج أو وكيله أو وليـه ، والقابل هى الزوجة أو وكيلها أو وليها ، وقد يكون العكس . وقد يتولى صيغة العقد اثنان وهو الكثير الغالب . وقد يتولاها واحد قائم مقام اثنين كان يكون وليا على الزوجين[1] أو وكيلا عنهما[2] أو أصيلا من جانب ووليـا أو وكيلا من الجانب الآخر[3]، فعبارة هذا الواحد بمنزلة عبارتين، وهو تارة ذو صفة واحدة، وتارة ذو صفتين مختلفتين .

ولا بد فى الايجاب والقبول من تحقق أمرين : أحدهما من حيث صورتهما اللفظية . والثانى من حيث مادتهما واشتقاقهما .

فاما من حيث صورتهما فلا بد أن يكونا بلفظين على صـورة الفعل المـاضى مثل زوجتك موكلتى ، قبلت . أو وهبت لك نفسى ، قبلت . لأن الغرض من

---

(١) كرجل يزوّج بنت أخيه الصغيرة من صغير هو ابن أخيه الآخر والصغيران فى ولايته .
(٢) كرجل يزوّج موكلته من موكله . (٣) كرجل يزوّج نفسه من بنت عمه الصغيرة المشمولة بولايته، أو يزوّج نفسه ممن وكلته بأن يزوّجها نفسه .

الصيغة التعبير عن حصول رضًا من الطرفين وتوافق بين إرادتيهما ، والذى يدل على حصول هـذا فعلا وقت التعاقد هو ما كان على صيغة المـاضى ، وأما ما كان على صـيغة الحال أو المستقبل فلا يدل قطعا على حصول الرضا فعلا ، فلو قال أحدهما تزوّجنى موكلتك ، فقال الآخر : أقبل . لا تتكوّن بهذين اللفظين صيغة عقد الزواج لأنهما ما دلّا قطعا على حصول رضا وقت التكلم لأنه يحتمل أن يراد باللفظ الأوّل الاستيعاد وبالثـانى الوعد . والوعد بالزواج مستقبلا ليس عقـدا له فى الحال ، فمـا دامت الصيغة تحتمل معنى غير العقد لا ينعقد بها الزواج .

لهذا استعمل الشارع لانشاء العقود الصيغة التى تدل على تحقق الرضا ووجوده فعلا وهى صيغة المـاضى ، لأنها قطعية فى الدلالة على حصول الرضا من العاقدين بالارتباط ولا تحتمل معنى آخر .

ولو قال الخاطب لمخطوبته : زوّجينى نفسك ؛ فقالت : زوّجتك نفسى انعقد الزواج ، مع أن إحدى العبارتين على صيغة المستقبل لا المـاضى ، ولكن ليس فى هذا مخالفة لما تقدّم لأن الحقيقة هى أن قوله زوّجينى نفسك ليس هو الايجاب و إنما هو توكيل لها فى أن تزوّجه نفسها ؛ فقولها زوّجتك نفسى عبارة قائمة مقام العبارتين وهى تولّت طرفى العقد بالاصالة من جانبها والوكالة عنه وعبارتها على صيغة الماضى . وهذا توجيه قول الفقهاء وينعقد بايجاب وقبول وُضِعا للمضى أووضع أحدهما للمضى والآخر للاستقبال .

وأما من حيث مادتهما واشتقاقهما فالقبول لا يشترط اشتقاق لفظه من مادة خاصة بل يتحقق بأى لفظ يدل على الموافقة والرضا من أى مادة كانت ؛ مثل قبلت ، رضيت ، وافقت ، أجزت ، نفـذت ، أمضيت . وأما الايجـاب فلا بدّ أن يكون بلفظ مشتق من الزواج أو النكاح ، أو مشتق ممـا يدل على تمليـك العين فى الحال مثل الهبة والتمليك والبيع ، وما يرادف ذلك من أى لغة . أما ما لا يدل على التمليك أصلا كالاباحة والاحلال والايداع . وما يدل على تمليك المنفعة لا العين كالاجارة والاعارة . وما يدل على تمليك العين لكن لا فى الحال كالوصية فلا يتحقق

الايجاب بلفظ منها ؛ لأن معانيها تنافى معنى الزواج الشرعى المقصود به ملك المتعة فى الحال على سبيل التأبيد والدوام .

واذا كان العاقدان حاضرين تكون الصـيغة منهما بالعبارة لأنهـا أدل طرق الدلالة فحيث أمكنت لا يعدل عنها الى غيرها ، واذا كان أحدهما غائبا عن الآخر تكون الصيغة بالكتابة لتعـذر المشافهة ، واذا كان العاقد أخرس فان كان يحسن الكتابة عقد بهـا وإن كان لا يكتب عقـد باشارته المعهودة الدالة على قصـده ، فلا عقد بالكتابة إلا حيث تعذرت المشافهة بالعبارة . ولا عقد بالاشارة إلا حيث تعذرت الدلالة على القصد بالكتابة ، وفى هـذا جمع بين الاحتياط واليسر . ولذا قال فى الدرر " لو كتب الحاضر على شىء لامرأة زوجينى نفسك فكتبت المرأة على ذلك الشىء عقبه زوجت نفسى منك لا ينعقد الزواج " .

شـــروط الـــزواج

للزواج شروط شرعية لانعقاده ، ولصحته ، ولنفاذه ، وللزومه — وشروط وضعية لسماع الدعوى به قانونا فى محاكمنا الشرعية المصرية ، وتسجيله فى الوثيقة الرسمية .

وهذا بيان الشروط جميعها :

شروط الانعقاد — شروط انعقاد الزواج هى التى تلزم لتحقق أركانه و يترتب على الاخلال بواحد منهـا إخلال بركن من أركان الزواج فـلا ينعقد شرعا ولا تترتب عليه آثار الزواج الشرعى ، وهى أربعة :

(١) أهلية العاقدين بالتمييز ، فاذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية للعقد بفقده التمييز بأن كان مجنونا أو صغيرا غير مميز فلا ينعقد الزواج بعبارته كما لا ينعقد منه أى عقد أو تصرف ؛ لأن فاقد التمييز لا إرادة له ولا يتصوّر منه رضا يعتد به .

(٢) اتحـاد مجلس الايجاب والقبول والمراد باتحاد مجلسهما أنه اذا صـدر الايجاب لا يوجد من العاقدين أو أحدهما ما يدل على الاعراض عنه والاشتغال بغيره حتى يصدر القبول ، لأنه إن وجد ذلك يعدّ منهيا للايجاب فلا يصادف القبول

محله ولا ترتبط العبارتان — وليس المراد باتحاد مجلسهما الفور وأن يكون القبول أثر الايجاب فورا لأنه لو طال المجلس وتراخى القبول عن الايجاب ولم يصدر بينهما ما يدل على الاشتغال والاعراض فمجلسها متحد .

وهذا اذا كان العقد بالمشافهة بين عاقدين حاضرين . أما اذا كان العقد بين غائبين بطريق الكتابة أو الرسول فان مجلس الايجاب هو مجلس قراءة الغائب للكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول ، فاذا كتب الرجل الى امرأة زوّجيني نفسك، أو أرسل اليها رسولا بذلك، فلما وصل اليها الكتاب أو الرسول أحضرت الشهود وقرأت عليهم الكتاب أو عرفتهم مضمونه أو أبلغتهم رسالة الرسول وأشهدتهم أنها زوّجت نفسها منه انعقد الزواج، فلا بدّ من القبول فى مجلس قراءة الكتاب أو بلاغ الرسول بحضرة الشهود ليتحد مجلس الايجاب والقبول . ولا بدّ أن يسمع الشهود ما فى الكتاب أو رسالة الرسول ثم يسمعوا القبول ليكونوا سمعوا شطرى العقد وشهدوا الايجاب والقبول .

(٣) موافقة القبول للايجاب ولو ضمنا حتى يتحقق اتفاق إرادتى العاقدين على شىء واحد فاذا خالف القبول الايجاب كله أو بعضه لا ينعقد الزواج إلا إذا كانت المخالفة الى خير للموجب فانها تكون موافقة ضمنية .

فاذا قال الموجب زوّجتك ابنتى فلانة على مهر قدره ستون جنيها فقال القابل قبلت زواجها على المهر المسمى انعقد الزواج للموافقة الصريحة وكذا لو قال قبلت زواجها على ثمانين للموافقة الضمنية . أما لو قبل القابل زواج ابنته الأخرى أو على مهر أقل فلا ينعقد الزواج إلا اذا قبل الموجب الزيادة أو النقص فى المجلس حينما تكون المخالفة فى المهر .

(٤) سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع علم القابل أن قصد الموجب بعبارته إنشاء الزواج وإيجابه وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه وإن لم يفهم كل واحد منهما معانى المفردات لعبارة الآخر لأن العبرة للمقاصد .

وهذه الشروط الأربعة ترجع عنـد التحقيق الى شيء واحد وهو تحقق رضا الطرفين وتوافق إرادتيهما ؛ لأن الشرط الأول وهو تميز العاقدين إنمـا شرط لأن الرضا لا يكون إلا ممن له إرادة وفاقد التميـيز لا إرادة له فلا يتصور منـه رضا . والشروط الثلاثة الباقية إنمـا شرطت ليتحقق ارتباط رضا كل من العاقدين برضا الآخر وتتفق إرادتهما على شيء معيّن دلت عليه عبارتهما .

شروط الصحة — شروط صحة الزواج هى ما يتوقف عليها صحته بعـد انعقاده وليست شروطا لتحقق أركانه وهى اثنان :

(١) أن تكون الزوجة غير محـرّمة على من يريد التزوج بهـا بأى سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت لأن للشارع حكمـة فى تحريم بعض النساء على الرجل، فمن عقد على من لا تحل له فزواجه غير صحيح ولا يحل ما حرم الله .

(٢) أن يحضر عقـد الزواج شاهدان رجلان أو رجل وامرأتان لأنه عقد له خطره وشأنه لمـا يترتب عليه من آثار وحقوق فلهذا امتاز شرعا عن سائر العقود بأن اشترط لصحته حضور الشهود . ولأنه يترتب على عدم اعلانه بحضور الشهود أن يرتاب النـاس ويسيئوا الظن اذا رأوا رجلا يتردّد على امرأة من غير أن يكون قد أعلن زواجه بها . ولذا ورد فى الحديث « لا نكاح إلا بشهود »[1] .

ويشترط فى الشاهدين أن يكونا عاقلين بالغين حرين لأن هذا العقد الذى له خطره وشأنه لا يعلن إلا عن طريق العقـلاء الأحرار البالغين ، وأن يسمعا معـا كلام العاقدين مع فهمهما أن الغرض منه إيجاب الزواج وقبوله وان لم يفهما مفرداته لأنهما ان لم يسمعا معا الصـيغة بتمامها فاهمين المراد منهـا لم يشهدا العقد فالأصم والنـائم والسكران الذى لا يعى ما يسمع لا يصح الزواج بحضورهم لأنهم لاسماع ولا فهم .

(١) وقال الامام مالك : ليس حضور الشهود شرطا لصحة الزواج وإنمـا الشرط اعلانه بأى طريق حتى لا يكون سرا ، فلو أعلن بغير الشهود صح ولو حضره الشهود وشرط عليهم كتمانه لم يصح .

ولأن الغرض من حضور الشاهدين مجرد إعلان الزواج و إشهاره لا يشترط فيهما العدالة ولا البصر ولا انتفاء التهمة. ولذا يصح الزواج بشهادة فاسقين أو أعميين أو ابنى الزوجين أو أحدهما، كما يصح بشهادة رجل وامرأتين ، ولا يصح بشهادة النساء وحدهن ، واذا كان الزوجان مسلمين يشترط اسلام الشاهدين . أما اذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فيصح زواجهما بشهادة كتابيين .

وفى بعض الصور قد يصح عقد الزواج بحضور شاهد واحد فى الظاهر كما اذا وكلت امرأة من يزوّجها بزوج معين فزوّجها الوكيل بمن عينته بحضور شاهد وحضورها صح العقد ، وكما اذا وكل الولى من يزوّج موليته من معين فزوّجها وكيل الولى بحضور شاهد وحضور الولى صح العقد .

والحقيقة أن الزواج صح فى هاتين الصورتين بحضور شاهدين لا شاهد واحد لأن الضابط العام انه كلما أمكن اعتبار الموكل مباشرا للعقد بأن كان حاضرا وقت اجرائه يعتبر هو المباشر للعقد و يعتبر الوكيل مجرد سفير ومعبر وكأنه ليس أحد طرفى العقد فيقوم مقام شاهد ثان مع الشاهد الحاضر . ولذلك إذا كان الموكل غير حاضر، بحيث لا يمكن اعتباره هو المباشر للعقد لا يصح إلا بحضور شاهدين .

عقد الزواج رضائى أو شكلى — الباحثون فى نظرية العقد عرّفوا العقد الرضائى بأنه ما يكفى فى انعقاده اقتران القبول بالايجاب و يكون رضا الطرفين وحده موجدا ومكوّنا للعقد كالاجارة والوكالة وأكثر العقود، وعرّفوا العقد الشكلى بأنه ما يجب لتكوينه اتباع شكل مخصوص يحدّده القانون كالهبة لا توجد قانونا إلا اذا صدرت فى ورقة رسمية أمام الموظف العمومى المختص ، فبعد أن بينا شرائط انعقاد الزواج وصحته نبين هل هو رضائى أو شكلى .

اذا نظرنا فى عقد الزواج نجد أن تكوينه وانعقاده يتم بتحقق ركنه وشرائط انعقاده ، وهذه الشرائط مرجعها كما بينا الى التحقق من تراضى الطرفين وتوافق

ارادتيهما على شيء واحد ، واذا كان انعقاد الزواج يكفى فيه تراضى الطرفين ولا يتوقف على شيء آخر غير رضاهما وتوافق ارادتيهما فهو من هذه الوجهة عقد رضائى لأنه ينعقد بتحقق تراضى العاقدين .

لكن اذا نظرنا الى أن مجرّد انعقاده لا تترتب عليه كل آثاره الشرعية بل لا بد لترتب آثاره الشرعيـة عليه من صحته بعد انعقاده ، وأن من شرائط صحتـه شرطا زائدا عن رضا الطـرفين وهو إعلانه بحضـور الشهود ينتج أنه عقـد شكلى لأنه لا تترتب عليـه كل آثاره الشرعيـة إلا بتوفر شيء خارج عن رضا الطـرفين وهو حضور الشهود، فهو من هذه الوجهة عقد شكلى . ولكنه ليس شكليا بتمام المعنى الذى أرادوه؛ لأن الشهود المشروط حضورهم يرجع اختيارهم الى محض ارادة الطرفين ، ولأن حضور الشهود ليس شرطا متفقا عليه بل فيه خلاف الامام مالك كما قدّمنا .

شروط النفاذ — شروط نفاذ الزواج هى التى تشترط لنفاذه وعدم توقفه على إجازة أحد بعد انعقاده وصحته وهى اثنان :

(١) أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية ، فان كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها مميزا أو صغيرا مميزا أو عبدا فان عقده الذى يعقده بنفسه اذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحا موقوفا على اجازة الولى أو المـالك ، فان أجازه نفذ وأن لم يجزه بطل . والمراد بالولى ولى النفس لا المـال .

فلوجود أصل الأهلية فى العاقد بوجود التمييز كان العقد منعقدا ، ولنقصها بسبب العته أو الصغر أو الرق كان موقوفا ليتسنى للولى عليهم أن يتدارك منع الضرر عنهم .

(٢) وأن يكون كل من العاقدين ذا صفة تخوّل له أن يتولى العقد وتجعـل له الحق فى مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلا عنه أو وليا عليه ، فلو كان أحد العاقدين فضوليا باشر العقد لا بوكالته عن أحد الزوجين ولا بولاية عليهما ، أو كان وكيلا ولكن خالف فيما وكل فيه ، أو كان وليا ولكن يوجد ولى أقرب منه مقـدّم

عليه؛ كان عقد أى واحد من هؤلاء اذا استوفى شروط الانعقاد والصحة منعقدا صحيحا موقوفا على اجازة صاحب الشأن[1] .

شروط اللزوم — شروط لزوم الزواج يجمعها شرط واحد وهو ألا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد بعد انعقاده وصحته ونفاذه ، فلو كان لأحد حق فسخه كان عقدا صحيحا نافذا غير لازم .

وعلى هذا اذا تزوجت المرأة و وجدت بزوجها عيبا لا يمكنها أن تعاشره معه إلا بضرر فان زواجها غير لازم؛ لأن لها الحق فى طلب فسخه سواء أكان العيب قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعده ولم ترض به .

وعلى مذهب أبى حنيفة لا يثبت لها هذا الحق إلا إذا كان العيب واحدا من ثلاثة : الجَب والخِصاء والعُنة . وعلى ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية يثبت لها هذا الحق اذا كان العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر أيا كان هذا العيب (مادة ٩ من القانون سنة ١٩٣٠) وسيفصل هذا فى موضعه .

واذا زوّجت الكبيرة العاقلة نفسها من زوج كفء لها ولكن على مهر أقل من مهر مثلها بدون رضا أقرب عصبتها كان زواجها غير لازم؛ لأن لهذا العاصب حق طلب فسخ الزواج ان لم يتم الزوج مهر مثلها .

واذا زوّج الصغير أو الصغيرة أو من فى حكمهما من الكبار غير المكلفين غير الأب والجد من الأولياء عند عدمهما وكان الزوج كفئا، والمهر مهر المثل كان الزواج غير لازم؛ لأن للصغير أو الصغيرة حق طلب فسخ الزواج إذا بلغ .

وسيبين كل هذا مفصلا فى مواضعه .

---

(١) اذا تولى العقد اثنان وكان أحدهما أو كلاهما فضوليا كان العقد موقوفا بالاتفاق . أما اذا تولاه واحد هو فضولى من الجانبين أو من جانب واحد كان العقد موقوفا أيضا عند أبى يوسف . وغير منعقد عند الطرفين لعدم اتحاد مجلس الايجاب والقبول . ومنشأ الخلاف هل عبارة هذا الواحد عقد تام أو شطر عقد .

شروط سماع الدعوى به قانونا ــ لما أثبتت الحوادث أن الزواج كثيرا ما يدعى زورا، طمعا فى المال أو رغبة فى النكاية والتشهير، اشترط الشارع الوضعى فى مصر لسماع الدعوى به وجود دليل كتابى يؤيدها على التفصيل الذى سنبينه . كذلك لما تبين أن فى زواج صغار السن اضرارا صحية واجتماعية وأريد حمل الناس على عدم عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين سنا معينة اشترط الشارع الوضعى فى مصر لسماع دعوى الزوجية أن لا تقل سنّ الزوجة عن ١٦ سنة وسنّ الزوج عن ١٨ سنة وقت الدعوى ، كما اشترط لمباشرة العقد لدى الموظف الرسمى المختص أن لا تقل سنّ الزوجين عن هذه السنّ وقت العقد .

فالشرط القانونى لسماع دعوى الزوجية فى المحاكم الشرعية المصرية أمران : (الأول) وجود مسوغ كتابى على التفصيل الذى سنبينه . (والثانى) بلوغ الزوجين وقت الدعوى سنا حدّدها القانون ، والشرط لمباشرة عقد الزواج لدى الموظف الرسمى المختص باجرائه هو بلوغ الزوجين وقت العقد السنّ المحدّدة .

ونحن نفصل هذه الشروط ونبين مصدرها من لائحة الاجراءات الشرعية و بعض ما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات الايضاحية .

المسوّغ الكتابى لسماع دعوى الزواج ــ يختلف المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزواج باختلاف الوقت المدعى حصول الزواج فيه؛ وذلك لأن لائحة اجراءات المحاكم الشرعية المصرية التى نصت على عدم سماع دعوى الزوجية فى بعض الحالات إلا بمسوّغ كتابى صدرت سنة ١٨٩٧ م . ثم عدّلت ثانيا فى سنة ١٩١٠م. ثم عدلت ثالثا فى سنة ١٩٣١م، وهو المعروف بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١؛ وفى كل تعديل زيدت قيود جديدة فى المسوّغ رغبة فى سدّ الذريعة الى دعوى الزواج زورا . ومن هذا التدرج التشريعى اختلف المسوّغ باختلاف الوقت المدعى أن الزواج وقع فيه .

فاذا كان الزواج مدعى حصوله قبل سنة ١٨٩٧ م، والدعوى مقامة من أحد الزوجين والمدعى عليه ينكره فلا يشترط وجود دليل كتابى لسماع الدعوى به قانونا، بل يكتفى بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

وهذا وارد بالفقرة ٢ من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ونصها :

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩١١ م والمدعى عليه ينكره ، وأحد الزوجين متوفى ، فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أو من غيره ، وهذا وارد بالفقرة ١ من المادة ٩٩ المذكورة ونصها :

لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الاقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره، إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٩١١ إلى غاية يوليو سنة ١٩٣١ والمدعى عليه ينكره، وأحد الزوجين متوفى فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك، سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره وهذا وارد بالفقرة ٣ من المادة ٩٩ ونصها :

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك .

جامعة بيرزيت
مركز الحقوق / المكتبة

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من أوّل أغسطس سنة ١٩٣١ م والزوجية منكرة، فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتا بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص بمقتضى وظيفتـه باصدارها سواء كانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة . وهذا وارد بالفقرة ٤ من المـادة ٩٩ ونصها :

ولا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أوّل أغسطس سنة ١٩٣١

ومن هذا يتبين أنه لايشترط المسـوّغ الكتابى لسماع دعوى الزواج إلا عنـد إنكار الزوجيـة . أما إذا كان المدعى عليـه مقرا بها فان المقرّ يعامل باقراره فى أية مدة ادعى حصـول الزواج فيهـا . ويتبين أن التدرّج التشريعى بالمسـوّغ حصل فى أمرين : (أحدهما) فى نوع الدليل الكتابى فبعد أن كان يكفى أن يكون الدليل أية ورقة خالية من شبهة التزوير صار لا بد أن يكون ورقة رسميـة أو مكتوبة وممضاة بخط المتوفى ثم صار لابدّ أن يكون وثيقة زواج رسمية . (وثانيهما) فى حال المتداعيين فبعد أن كان لا يشترط المسوّغ الكتابى إلا إذا كانت الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين صار ابتداء من أغسطس سنة ١٩٣١ يشترط المسـوّغ عند الانكار مطلقا سواء كانت الدعوى فى حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما .

والحكمة فى هذا كما قدّمنا سدّ الطريق فى وجه من يحاول ادعاء الزوجية زورا وبهتانا طمعا فى المـال أو رغبة فى التشهير .

تحديد سنّ الزوجين لسماع دعوى الزواج — نصت الفقـرة ٥ من المـادة ٩٩ من لائحـة الاجراءات الشرعيـة على أنه "لا تسمع دعوى الزوجيـة إذا كانت سنّ الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سنّ الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منّا" .

وعلى هذا اذا كانت سنّ أحد الزوجين وقت الدعوى أقل من هذه السنّ المحدّدة فلا تسمع دعوى الزوجية بينهما . والغرض من هـذا حمل الناس على الامتناع من إجراء زواج لمن لم يبلغوا هـذه السنّ ؛ لأنه إذا علم أن الزوجيـة التى تتم بين من لم يبلغوا هذه السن لا يمكن سماع الدعوى بهـا قانونا ولا المطالبة أمام القضاء بحق من حقوقها أو أى أثر من الآثار المترتبـة عليها ما دامت سن الزوجين أو أحدهما أقل من السن المحددة، إذا علم ذلك كف الناس من تلقاء أنفسهم عن الزواج الذى لم يبلغ فيه الزوجان السنّ المعينة، فبهذا تتلافى الاضرار الصحية والاجتماعية التى تنشأ من الزواج بين صغار السنّ .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :

كانت دعوى الزوجيـة لا تسمع اذا كانت سنّ الزوجين وقت العقد أقل من ١٦ سنة للزوجة و ١٨ للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هـذا الحدّ، فرئى تيسـيرا على الناس وصيانة للحقوق، واحتراما لآثار الزوجيـة أن يقصر المنـع من السماع على حالة واحـدة وهى ما اذا كانت سنهما أو سنّ أحدهما وقت الدعوى أقل من السنّ المحدّدة .

وقد توهم بعض القضاة أن هـذه السنّ المحدّدة شرط لسماع الدعوى إذا كان النزاع فى ذات الزوجية. أما إذا كان النزاع فى الآثار المترتبة عليهـا فليست شرطا. ودفعا لهذا التوهم أصـدرت وزارة الحقانية المنشور رقم ٢٩ لسـنة ١٩٢١ تلفت نظر القضاة الى العمل باطلاق هـذه الفقرة وعدم سماع دعوى الزوجية ممن لم يبلغ السن المحدّدة مطلقا، سواء أكان النزاع فى ذات الزوجية أم فيما يترتب عليها من الآثار كالنفقة والطاعة .

تحديد سنّ الزوجين لمباشرة عقد الزواج رسميا — نصت الفقرة الثانية من المـادة ٢٦٦ من لائحة الاجراءات على أنه لا يجوز مباشرة عقـد الزواج ،

ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سنّ الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد .

فاذا كانت سنّ أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السنّ المحدّدة فلا يجوز للموظف الرسمى المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسميا بينهما .

ومما جاء فى المذكرة الايضاحيـة بشأن هذه الفقرة أن عقـد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سـعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحـال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة والزوج لذلك غالبا قبل سنّ الرشد المـالى[1] . غير أنه لمـا كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى . وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم للصبى كان من المنـاسب أن يكون سنّ الزواج للفتى ١٨ سـنة وللفتاة ١٦ سنة . فلهذه الأغراض الاجتماعية حدّد الشارع المصرى سن الزواج لمباشرة العقد رسميا كما حدّد سنا لسماع دعوى الزوجية قانونا .

غير أن تنفيذ هذا القانون لاقى صعوبات من جهة الطرق التى توصل الى معرفة حقيقة سن الزوجين وقت العقد لأن كثيرا من الأزواج لا يظهرون شهادات الميلاد الرسمية أو لا تكون لديهم شهادات ميلاد . ولذلك أصـدرت وزارة الحقانية عدّة منشورات بشأن ما يتبع لتعرف سن الزوجين وقت العقد من الاكتفاء بما يدل على السن من أوراق رسمية أو شهادات الأقارب أو من لهم معرفة تامة بحال الزوجين . ثم أصدرت منشورا بالاكتفاء بشهادة الطبيب . ثم أصدرت منشورا بأن للمأذون

---

(١) كان ذلك حين كانت سنّ الرشـد المـالى ١٨ سنة قبل أن يعـدّل بزيادته الى ٢١ بمقتضى المـادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى أكتوبر سنة ١٩٢٥ ونصها "تنتهى الوصاية أو الولاية على المـال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها" .

أن يأخذ على مسئوليته بلوغ الزوجين السن القانونية عند عدم الاشتباه ، وكان من نتائج ذلك أن هذا القانون قلل من مباشرة الزواج بين صغار السنّ ولم يمنعه بتاتا .

ومما زاد فى صعوبة تنفيذ هذا القانون أن محكمة النقض والابرام لم تعتبر ذكر الشهود سنا غير حقيقية مع علمهم بالسن الحقيقية جناية تزوير معنوى معاقب عليه بعقوبة التزوير؛ بناء على أن واقعة السن ليست ركنًا أساسيا فى عقد الزواج لأن الزواج شرعًا بدونها يصح وينفذ ويترتب عليه آثاره الشرعية .

وقد جاء فى حكم محكمة النقض والابرام الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ما نصه :

"ان الزواج عقد قررته الأحكام الدينية أو المدنية تنظيما لأمر طبيعى لا محيص عنه البتة، وهو الضرورة الدافعة لتلاقى الذكر بالأنثى متى بلغ أيهما حد النضوج الجنسى" .

وهذه الضرورة الدافعة يستحيل معها لأى شارع سياسى أن يمس أصل حِلّية الزواج لأى ذكر وأنثى غير محرمين . وكل مافى الأمر أن ما توجبه الضرورات الاجتماعية من مراعاة الأفراد المتزاوجين مراعاة صحيحة حميدة الأثر فى الأمة تبيح لأولى الأمر من طريق السياسة الشرعية أن يتخذوا من التدابير ما به يقللون جهد الاستطاعة أن يحصل تزاوج بين فردين أحدهما أو كلاهما لما يبلغ سنا خاصة معها يغلب على الظن حيازته لدرجة كافية من الخبرة والاتزان العقلى اللازمين لحسن الحال فى المعيشة الزوجية ويترجح معها أن الزواج غير مؤذ به .

ولكن مهما تكن تلك التدابير فلا يجوز قطعا أن تصل الى تحريم الزواج على من لم يبلغ تلك السن ، وإلا كان الشارع معاندا للطبيعة فلا تلبث أن تثأر لنفسها باحباط عمله ومقابلته بفشو الزنا بين صغار السنّ، ويصبح وقد وقع فيما يريد اتقاءه وزاد عليه كثرة النسل الضعيف من أولاده الغير الشرعيين .

ولقد أدرك الشارع الوضعى المصرى هذه الحقيقة فلم يتعرّض قط لحليّة الزواج بين صغار السن، بل ترك النـاس أحرارا يتزاوجون كما يشاءون فى حدود الأوضاع الدينية فى أية سن أرادوا، وسلك الى تحقيق غرضه طريقا غير مباشر ذلك بأن حرم على عماله قضاة شرعيين كانوا أو مأذونين أن يحرّروا عقد زواج رسمى لمن لم تبلغ سن السادس عشرة أو لمن يبلغ الثامن عشرة، كما حرم على المحاكم الشرعية أن تسمع دعوى زوجية من لم يبلغوا هذه السن .

بهذه الطريقة السلبية غير المباشرة رجا الشارع أن يحمل الأفراد على ما يريد من تقليل الزواج بين الصـغار جهد الاسـتطاعة ، ولكن بقى مع ذلك دائمـا أن من يعقد عقدا مستوفيا شروطه الشرعية الأساسية مهما تكن سنة فعقده صحيح ديانة، بل وصحيح قانونا فى غير ما نص على عدم اعتباره فيه وهو مجرّد عدم سماع الدعوى به؛ لأنه لو لم يكن كذلك لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصـغيرة هتك عرض يعاقب عليها بالمـادة ٢٣٢ من قانون العقوبات ، وهذا لا يستطيع أن يقول به أحـــد .

وصيانة القانون تحديد السن لمباشرة العقد من التلاعب به صدر أخيرا القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ونص المـادة ٢ منه ما يأتى :

مادة ٢ — يعاقب بالحبس مدّة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد اثبـات بلوغ أحد الزوجين السن المحدّدة قانونا لضبط عقـد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدّم لهـا أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعـاقب بالحبس أو بغـرامة لا تزيد على مائتى جنيـه كل شخص خـوّله القانون سـلطة ضبط عقـد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيـه لم يبلغ السن المحدّدة فى القانون .

صيغة الزواج من حيث اطلاقها وتقييدها

اذا صدرت صيغة الزواج من العاقدين غير معلقة على شرط، ولا مضافة الى زمن مستقبل، ولا مقترنة بشرط سمى العقد مطلقا ومنجزا . وحكم هذا العقد المنجز أنه متى استوفى شرائطه صح وترتبت عليه أحكامه فى الحال .

واذا صدرت الصيغة معلقة على شرط بأن جعل تحقق مضمون الايجاب أو القبول أو مضمونهما معلقا على تحقق شىء آخر بأداة من أدوات التعليق سمى العقد معلقا . وحكم هذا العقد المعلق على التفصيل الآتى :

فان كان العقد معلقا على أمر معدوم فى الحال لا ينعقد الزواج سواء كان المعلق عليه المعدوم فى الحال على خطر الوجود فى المستقبل أو محقق الوجود فى المستقبل، فلو قال لها : ان نجحت فى امتحان آخر هذه السنة تزوجتك، فقالت : قبلت . أو قال، لها : اذا جاء فصل الربيع تزوجتك ، فقالت : قبلت . لا ينعقد الزواج بصيغة منهما؛ لأن المعلق عليه وهو النجاح فى المثال الأول ومجىء الربيع فى المثال الثانى معدوم فى الحال، والمعلق على المعدوم فى الحال معدوم فى الحال فلا زواج ؛ لأن الزواج عقد يفيد ملك المتعة فى الحال ولا يتراخى حكمه عنه .

أما اذا كان التعليق على أمر محقق فى الحال فان الزواج ينعقد سواء كان محققا وقت التكلم بالصيغة أو تحقق فى مجلس صدورها؛ فلو قالت له : ان كانت سنى ست عشرة سنة تزوجتك، فقال : قبلت، وسنها فى الواقع ١٦ سنة . أو قالت له : ان رضى أبى تزوجتك، فقال : قبلت . وقال أبوها فى المجلس رضيت . انعقد الزواج فى الصورتين ؛ لأنه ما دام المعلق عليه محققا فى الحال فالتعليق صورى والصيغة فى الحقيقة منجزة .

وإذا صدرت الصيغة مضافة إلى زمن مستقبل سمى العقد مضافا ؛ كما لو قال لها : تزوجتك فى أول الشهر المقبل، أو بعد شهرين، أو غدا، فقالت : قبلت . وحكم

هذا العقد المضاف الى زمن مستقبل أنه لا ينعقد لا فى الحال ولا عند حلول الزمن المضاف اليه؛ لأن موجب عقد الزواج تملك حق الاستمتاع فى الحـال، والاضافة الى زمن مستقبل تنافى هذا ولذا لا ينعقد الزواج بلفظ الوصية .

واذ صدرت الصيغة مطلقة عن التعليق والاضافة ثم قرنها أحد الزوجين باشتراط شرط له فيه مصلحة سمى الزواج مقترنا بالشرط ، وحكم هـذا العقد المقترن بالشرط على التفصيل الآتى :

فان كان الشرط صحيحا صح الزواج وصح الشرط وعومل الزوجان بمقتضاه، وان كان الشرط غير صحيح صح الزواج ولغا الشرط ولا اعتبار له ، فلا يجب الوفاء به. والشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن لهـا على زوجها النفقة، أو يلائمه كاشتراط الزوجة أن يكفل والد زوجها نفقتها أو مهرها، أو ورد به الشرع كاشتراط الزوج أن له أن يطلقها متى شاء، أو جرى به العرف كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه . وغير الصحيح هو مالا يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن تسكن فى بيت أبيها، أو اشتراط الزوج أن نفقتها على نفسها ، أو يأباه الشرع كاشتراط الزوجين المختلفين دينا أن يتوارثا ، أو اشتراط الزوجة على زوجها ألّا يتزوج عليها .

و إذا قرنت الصيغة بتوقيتها بوقت معين كأن قال لها : تزوجتك شهرا أو لمدّة سنة أو ما دامت مقيما بهذا البلد؛ فقالت : قبلت، لا ينعقد الزواج؛ لأن اقتران الصيغة بالتوقيت يخرجها عن الدلالة على المعنى المقصود من الزواج وهو الازدواج والانضمام ودوام العشرة للتوالد والمحافظة على النسـل . ولذا لا ينعقد بلفظ الاجارة . فالزواج المؤقت لا ينعقد، ولا فرق بين ما اذا طال الوقت أو قصر .

ومثله زواج المتعة، وهو الزواج الذى لا يراد به العشرة والقرار لتربيـة النسل بل يقصد منه مجرّد الاستمتاع الوقتى . فاذا قال لامرأة : متّعينى نفسك ما دمت مقيما ببلدك أو مدّة معينة؛ فقالت : قبلت، لا ينعقـد الزواج . فهو والزواج المؤقت سيان لا ينعقد واحد منهما، وهذا مذهب الامام أبى حنيفة وصاحبيه .

وقال زفر : الزواج المؤقت زواج صحيح اقترن به شرط غير صحيح وهو التوقيت فيصح العقد ويلغو الشرط . وإنما كان التوقيت شرطا غير صحيح لأنه لا يلائم مقتضى العقد لما بينا أن الزواج للعشرة والقرار لا للمتعة الوقتية . والصحيح مذهب الامام وصاحبيه ، لأن الصيغة لما اقترنت بالتوقيت أو اشتقت من مادة تفيد التوقيت لم تكن مما ينعقد به الزواج فيبطل لوجود الخلل فى ركنه .

ومن صور الزواج المقترن بشرط غير صحيح زواج الشِّغار، وهو أن يزوّج رجل موليته من آخر على أن يزوّجه الآخر موليته بحيث تكون كل واحدة مهرا للاخرى؛ فاشتراط أن يكون المهر ماذكر شرط غير صحيح لأن المشروط لا يصلح مهرا لأنه ليس بمال متقوم وعلى ذلك يصح الزواج ويلغو الشرط ويعتبر العقد خاليا من ذكر المهر ولهذا سمى زواج الشغار أى الخلو لخلوه من تسمية مهر صحيح ، ويجب فيه مهر المثل .

حكم الزواج

حكم التصرف أو العقد تارة يراد به وصفه الشرعى من الفرضية أو الوجوب أو الحرمة أو الكراهة؛ كما يقال : حكم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة الحرمة؛ لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ ﴾ . وتارة يراد به أثره المترتب عليه شرعا ؛ كما يقال : حكم البيع نقل الملكية فى البدلين .

فأما حكم الزواج بمعنى وصفه الشرعى فانه يكون فرضا على المسلم اذا قدر على المهر والنفقة وسائر واجبات الزوجية ، وتيقن من حال نفسه أنه لو لم يتزوج وقع فى معصية الزنا . ويكون واجبا عليه اذا قدر على ما ذكر ، وخشى أنه لو لم يتزوج وقع فى معصية الزنا . ويكون سُنّة له اذا قدر على ما ذكر وكان فى حال اعتدال بحيث لا يتيقن الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج ولا يخشاه . ويكون حراما عليه الزواج إذا تيقن أنه لو تزوج ظلم زوجته وجار عليها فى المعاملة . ويكون مكروها تحريما إذا خاف هذا الجور .

والأصل الذى بنيت عليه هذه الأحكام أن ما لا يتوصل الى ترك الحرام إلا به فهو فرض ، وأنه اذا تعارض خوف الجور لو تزوّج وخوف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوّج قدّم الأوّل وحظر الزواج ؛ لأن الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من الزنا من حقوق الله . وحق العبد مقدّم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى سبحانه (١) .

وأما حكم الزواج بمعنى أثره المترتب عليه شرعا فانه يختلف باختلاف العقد من حيث استيفاؤه شرائطه الشرعية أو عدم استيفائها، وهذا البيان :

حكم الزواج البـاطل — اذا حصل خلل فى صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهـما عن المستقبل أو بمـا لا يدل على تمليك المتعـة لا حقيقة ولا مجازا، أو حصل خلل فى أصل أهلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر، أو فقد أى شرط من شرائط الانعقاد كان الزواج باطلا . ولا يترتب على هذا العقد أثر و يعتبر وجوده كعدمه، و يجب عليهما الافتراق وان لم يفترقا فرّق بينهما القضاء . واذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان هذا الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحدّ ، ولا عدّة على المدخول بها بعـد المتاركة ، ولا يثبت به نسب ولا توارث، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أى حق من حقوق الزوجية وواجباتها . وعلى قول من أثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة . وسيتبين هذا فى المحرّمات .

حكم الزواج الفاسـد — اذا اختل شرط من شروط صحة الزواج كما اذا عقد الزواج بغير حضور الشهود كان الزواج فاسدا . ويجب على الزوجين الافتراق وإن لم يفترقا فرّق بينهما القضاء . ومجرّد هذا العقد الفاسد لا يترتب عليه أثر، بمعنى أن المتزوّجين زواجا فاسدا اذا افترقا قبل الدخول فلا عدّة على الزوجة ولا مهر لها،

---

(١) ولا يتوهم من حظر الزواج فى هـذه الحال إباحة الزنا فان الزنا حرام لا يباح فى أى حال بل على الانسان فى مثل هذه الحال أن يقوم أخلاقه و يقاوم شهواته .

ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ، ولا يتوارثان لو مات أحدهما ، ولا يترتب على مجرد هذا العقد أى أثر .

أما اذا دخل الزوج دخولا حقيقا بمن تزوجها زواجا فاسدا فانه يترتب على هذا الدخول أربعة آثار من آثار الزوجية وهى :

(١) وجوب المهر على الزوج . إما مهر المثل إن لم يكن سمى فى العقد مهر أو الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن سمى فى العقد مهر ؛ وذلك لأن الدخول الحقيقى بالمرأة لا بد أن يترتب عليه فى الشريعة الاسلاميه أحد أمرين : المهر أو الحد . وحيث انتفى هنا الحدّ لشبهة العقد فيجب المهر ، وهذا معنى قول الفقهاء : الوطء شرعا لا يخلو من عُقر أو عَقر ؛ أى من حدّ أو مهر .

(٢) ثبوت نسب الولد الذى تحمل به من الدخول فى هذا الزواج الفاسد ، وذلك احتياطا لاحياء الولد وعدم ضياعه .

(٣) وجوب العدّة على الزوجة بعد التفريق بينهما ومبدؤها من وقت التفريق . وحكمة وجوبها اتقاء اختلاط الأنساب .

(٤) حرمة المصاهرة فيحرم على زوجها أصولها وفروعها وتحرم هى على أصوله وفروعه .

وما عدا هذا من آثار الزواج الشرعى لا يترتب على الدخول بعد العقد الفاسد ؛ فلا تجب به نفقة ولا طاعة ولا يتوارث الزوجان ولا يحل استمتاع أحدهما بالآخر .

فعلى هذا يشترك كل من الزواج الباطل والفاسد فى وجوب الافتراق على الزوجين رفعا لهذا البطلان أو الفساد ، فان افترق الزوجان من تلقاء أنفسهما فبها و إلا رفع الأمر الى القضاء الشرعى ليحكم بالتفريق بينهما . وهذا من المواضع التى ترفع فيها الدعوى حِسبة لأنها من باب إزالة المنكر مع مراعاة ما نص عليه فى المنشور

رقم ٣٥ ســنة ١٩١٨ [1] — ويشــتركان أيضا فى أن مجرّد العقد فيهما لا يترتب عليه أثر، وفى أن العقد شبهة تسقط الحدّ — ويختلفان فيما اذا دخل الزوج بزوجتــه على ما بينــا .

وقــد قدّمنا أن من شروط صحة الزواج كون الزوجة غير محرّمة على زوجها بأى سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت . ومقتضى هــذا أن الزواج الذى فقد هذا الشرط يكون فاسدا ويكون حكمه كما ذكرنا من وجوب التفريق وعدم ترتب أثر ما على مجرّد العقد وترتب الآثار الأربعة على الدخول الحقيقى بعد العقد . ولكن يعترض هذا ما نص عليه فقهاء الحنفية من أنه اذا تزوّج أحد إحدى محارمه نسبا أو رضاعا أو مصاهرة أو زوجة غيره أو معتــدته ودخل بها عالمــا بالحرمة فلا عدّة على المرأة بعد التفريق، ولا يحرم وقاعها على الزوج الأوّل لو متزوّجة، وان دخل بها غير عالم بالحرمة تجب عليها العدّة ويحرم على زوجها الأوّل وقاعها قبل انقضائها. فمقتضى هــذا أن زواج المحارم مع العلم بالحرمة يكون باطلا ولا عدّة فى الباطل . وزواجهن مع عدم العلم بالحرمة، كما اذا تزوّجها غير عالم أنها أخته رضاعا أو غير عالم أنها معتدة غيره، يكون فاسدا وتجب فى الفاسد العدّة بعد المتاركة والدخول .

فتكون الخلاصة من هذا أن الزواج الباطل هو ما حصل خلل فى ركنه أو أهليــة عاقديه أو فقــد شرط من شروط انعقاده . ويلحق به فى الحكم ما إذا حصل خلل فى المعقود عليهــا بأن كانت محرّمة على زوجها معلوما للعاقدين وقت العقد أنها حرام عليه .

---

(١) " اعلانات دعاوى التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة يجب أن تحال بمجرّد تقديمها للمحكمة على وزارة الحقانية لتتولى عمل التحريات التمهيــدية اللازمة فى ذلك ثم تعاد الاعلانات الى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات لتستعين بها المحاكم فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره وفهمه على حقيقته من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة رفع المنكر أو لا يراد منها إلا التشهير بالغــير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة كالتحايل لاعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين " نص المنشور ٣٥ سنة ١٩١٨

وأن الزواج الفاسد هو ما لم تحضره شهود أو حصل خلل فى المعقود عليها ولكن لم يكن هذا الخلل معلوما للعاقدين وقت العقد ، بأن جهل أنها محرمة . وبهذا يوفق بين الأحكام .

حكم الزواج الموقوف — قال ابن عابدين : " وحكم الدخول فى الزواج الموقوف كالدخول فى الفاسد فيسقط الحدّ ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل " . وذلك لأن الزواج الموقوف استوفى شرائط انعقاده وصحته فما دام موقوفا ، أى لم يجزه الولى ولم يبطله ، تترتب على الدخول الحقيقى فيه الآثار الأربعة التى تترتب على الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد . فاذا زوّج المعتوه مثلا نفسه وقبل أن يردّ وليه هذا الزواج أو يجيزه دخل بزوجته ترتب على هذا الدخول وجوب العدّة على الزوجة بعد المتاركة ، ووجوب المهر على الزوج ، وثبوت النسب ، وحرمة المصاهرة . أما بعد أن يردّ وليه هذا الزواج فانه يصير باطلا ، وبعد أن يجيزه يكون نافذا .

حكم الزواج الصحيح النافذ — أما عقد الزواج الصحيح النافذ فبمجرّد تمامه تترتب عليه آثار الزوجية من حقوق وواجبات بدون توقف على دخول الزوج بزوجته حقيقة أو حكما .

فنفس العقد الصحيح النافذ يوجب للزوجة على زوجها ما يأتى :

(١) المهر إما المسمى إن سمى تسمية صحيحة وإما مهر المثل إن لم توجد تسمية صحيحة ؛ فيكون المهر بمجرّد العقد دينا واجبا لها فى ذمته وجوبا على شرف التنصيف أو السقوط حتى يوجد ما يقرّره ، أى أنه واجب بالعقد ولكنه عرضة لأن يسقط أو ينصف ، كما سيبين فى أحكام المهر .

(٢) والنفقة بجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن ، فتكون بالعقد حقا واجبا لها عليه مالم تمتنع من طاعته بغير حق ، لأن من لم يقم بالواجب عليه لا يستحق حقه .

(٣) وعدم الاضرار بها بفعل أو قول أو أى معاملة .

(٤) والعدل بينها و بين ضرائرها إذا تعدّدت الزوجات .

و يوجب للزوج على زوجته :

(١) دخولها فى طاعته فى المسكن الشرعى الذى يهيئه لها متى أوفاها معجل صداقها وكان أمينا على نفسها ومالها .

(٢) وثبوت نسب ولدها منه بالشروط الآتية فى ثبوت النسب؛ لأنه بمجرّد العقد الصحيح يتحقق الفراش .

(٣) وقرارها فى بيته وعدم خروجها منـــه بغير حق شرعى إلا بإذنه وامتثالها له فيما لا يمنع مانع شرعى من الامتثال فيه .

(٤) وولاية تأديبها بالمعروف شرعا .

و يوجب لكل منهما :

(١) التوارث، فاذا مات أحدهما بعد العقد ولو قبل الدخول ورثه الحى منهما مالم يمنع من إرثه مانع شرعى .

(٢) وحرمة المصاهرة ، فبالعقد تحرم الزوجة على أصول زوجها وفروعه، ويحرم على الزوج أصول زوجته، وأما فروعها فلا تحرم عليه إلا أن دخل بها .

(٣) وحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون به شرعا مالم يمنع مانع شرعى من حيض أو نفاس أو غيرهما .

(٤) وحسن معاشرة كل منهما لصاحبه .

المحرمات من النساء

قدمنا أن من شروط صحة الزواج أن تكون المعقود عليها غير محرمة على من يريد الزواج بها بأى سبب من أسباب التحريم .

وهذا تفصيل المحرمات من النساء مؤبدا والمحرمات منهن مؤقتا :

من النساء من يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤبدة دائمة، على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له فى وقت من الأوقات . وهن النساء اللاتى تربطه بهن رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع . ومنهن من يحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤقتة، على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له ما دامت على حال خاصة قائمة بها ، فان تغيرت الحال و زال سبب التحريم الوقتى صارت حلالا له أن يتزوجها ، وهن من تعلق حق غيره بها بزواج أو عدة . ومطلقته ثلاثا قبل أن تنكح زوجا غيره، ومن يكون فى عصمته محرم لها، ومن يكون فى عصمته أربع سواها ، ومن لا تدين بدين سماوى، والأمة اذا كانت فى عصمته حرة .

ومن عدا ذلك من النساء يحل للمسلم أن يتزوج منهن؛ لأن الله سبحانه بعد أن بين المحرمات قال عز شأنه : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾ .

الحكمة فى تحريم من حرم من النساء — أما تحريم من حرم من النساء مؤبدا بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، فحكمته عدة أمور :

(الأول) أن كل إنسان فى هذه الحياة محتاج إلى الارتباط بأفراد نوعه و إلى عدة وسائل لهذا الارتباط بهم حتى يتبادل معهم الحاجات و يتعاونوا على ما تتطلبه معيشتهم . وفى صلة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ما يكفل إيجاد هذا الارتباط و يحقق تعاون المرتبطين بها . لهذا جعل الله الزواج وسيلة لإيجاد رابطة أخرى تربط

الزوج بمن تكون أجنبية عنه، لا تربطه بها صلة قرابة أو مصاهرة أو رضاع حتى تكون الزوجية وصلة بين الأجانب، وكم أسر متباعدة صارت بالتزاوج أسرة واحدة .

(الثانى) أن الإنسان كما أنه فى حاجة إلى اكتساب رابطة تربطه بالأجانب عنه هو فى حاجة إلى الاحتفاظ بصلات من تربطه بهم رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، وفى إباحة الزواج بمن تربطه بهم إحدى هذه الروابط تعريض الوصلة بهم إلى القطيعة؛ لأن تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين قد يؤدى إلى الخلف والخصومة فتتحول القرابة إلى عداوة، ويفقد المرء آثار الارتباط بمن تربطه بهم تلك الصلات .

(الثالث) أن للقرابة حقوقا وللزوجية حقوقا وقد تتنافى هذه الحقوق وتتعارض فتكون من تجب لها الطاعة واجبا عليها الطاعة ومن له الرياسة مرءوسا . ولهذا التنافى حرم على السيد أن يتزوج أمته، وعلى السيدة أن تتزوج عبدها .

(الرابع) ماقرره الأطباء من أن الزواج بالأقارب ينتج النسل الضعيف، وأن مصلحة الطفل فى أن يتولد من أبوين من أسرتين لأن هذا يهيئ له ماقد يكون فيه نماؤه وقوته وسلامته من الأمراض .

وأما تحريم من حرم من النساء لأسباب وقتية فكل سبب من أسباب هذا التحريم الوقتى يشعر بحكمته وهى ترجع إلى منع الإنسان من الاعتداء على غيره، والخروج عن حدود دينه، وقطعه الرحم بين القريبات، واتخاذه زوجة لا تألف به غالبا وليس من شأنها أن تتبادل معه ما تقتضيه الزوجية من مودة ورحمة . وغير ذلك مما سيتبين فى تفصيل المحرمات .

المحـرّمات مـؤبدا

١ — بسبب النسب (القـــرابة)

بين الله سـبحانه المحرّمات بسبب القـرابة بقوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع من قريباته، وهن :

(١) أصوله، أى أمه ، وأم أمه، وأم أبيه وإن علَت لأن لفظ الأم معناه الأصل فيشمل الجميع — حرمت عليكم أمهاتكم — أى أصولكم من النساء .

(٢) وفروعه، أى بنته، وبنت بنته، وبنت ابنـه ؛ وان سفلت لأن لفظ البنت معناه الفرع فيشمل الجميع — وبناتكم — أى وفروعكم من النساء .

(٣) وفروع أبويه، أى أخواته، وبنات إخوته، وأخواته، وإن نزلن لا فرق بين الشقيقة أو لأب أو لأم — وأخواتكم وبنات الأخ وبنات الأخت — .

(٤) وفروع جدّيه إذا انفصلن بدرجة واحدة، أى عماته وخالاته، وعمات أصله ، وخالاته . أما فـروع جدّيه اللاتى انفصلن بأكثر من درجة فليست من المحرمات، وهن بنـات الأعمام والعمات ، وبنـات الأخوال والخالات وبناتهن — وعماتكم وخالاتكم — .

٢ — بسبب المصاهرة

بين الله سـبحانه المحرّمات بسبب المصـاهرة بقوله : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ، وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ

فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ، وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ . وقوله عز شأنه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب المصاهرة أربعة أنواع، وهن :

(١) أصول زوجته، أى أمها، وأم أمها، وأم أبيها وإن علت — وأمهات نسائكم — .

(٢) وفروع زوجته التى دخل بها ، أى بنتها ، وبنت بنتها ، وبنت ابنها وان سفلت — وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن — .

(٣) وزوجة أصله ، أى زوجة أبيه وجدّه وإن علا — ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء — .

(٤) وزوجة فرعه ، أى زوجة ابنه ، وابن ابنه ، وابن بنته وان نزل — وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم — .

فالدخول بالزوجة شرط لتحريم فرعها فقط . أما أصلها وزوجة الأصل وزوجة الفرع فتحرم بمجرّد عقد الزواج ولو لم يحصل دخول؛ ولذا قال الفقهاء : العقد على البنات يحرّم الأمهات والدخول بالأمهات يحرّم البنات .

وعلى هذا لو عقد زواجه بامرأة ثم ماتت قبل أن يدخل بها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا تحرم عليه بنتها ولا أى أنثى من فروعها . ولكن تحرم عليه أمها وكل أنثى من أصولها، ولو مات هو أو طلقها قبل الدخول تحرم هى على أصوله وفروعه . ولو تزوّج الابن وقبل أن يدخل بزوجته مات عنها أو طلقها تحرم زوجته على أبيه .

قال أبو حنيفة : ومن زنى بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر اليها بشهوة ترتب على فعله حرمة المصاهرة؛ فيحرم على الزانى أصول من زنى بها وفروعها؛ وتحرم هى على أصوله وفروعه . ففى مذهبه : الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ومثله مقدّماته ودواعيه؛

حتى لو زنى الرجل بأم زوجته أو بنتها حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة . وفى هذا أقوى ردع عن ارتكاب معصية الزنا ودواعيه مع أصول الزوجة أو فروعها .

وأما فى مذهب الشافعى فلا تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه لأن حرمة المصاهرة رابطة تجعل الأجانب محارم كالأقارب . وهذه الرابطة نعمة لا تترتب إلا على العقد أو الدخول الشرعيين ولا تبنى على المحظور .

٣ — بسبب الرضاع

بينت المحرمات بسبب الرضاع فى القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ . وفى السُّنة بقوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . وألحق الفقهاء المصاهرة بالنسب فقالوا : كل من تحرم بالنسب أو المصاهرة تحرم بالرضاع .

فاذا أرضعت امرأة طفلا وهو فى سن الرضاع أى فى الحولين الأولين من عمره سواء رضع قليلا أو كثيرا فى مرة أو فى عدّة مرات صارت هذه التى أرضعته أُمًّا له من الرضاعة بمنزلة أمه من النسب ، وصارت أخواتها خالات له من الرضاعة ، وزوجها الذى درّ اللبن من ثديها بسببه أبًا له من الرضاعة ، وأخوات هذا الزوج عمات له من الرضاعة ، وأولادها وأولاده أخواته واخوته من الرضاعة ، سواء أرضعتهم معه أو قبله أو بعده ، وسواء كانوا أولادها من هذا الزوج أو من غيره ، وسواء كانوا أولاده منها أو من غيرها ، فقد يكون الأخ رضاعا شقيقا أو لأم أو لأب .

فكما يحرم على المسلم بالنسب : أصوله ، وفروعه ، وفروع أبويه وان نزلن ، وفروع جدّيه إذا انفصلن بدرجة واحدة ، يحرم عليه بالرضاع :

(١) أصوله ، أى أمه رضاعا ، وأمها وإن علت ، وأم أبيه رضاعا ، وأمها وإن علت ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ .

(٢) وفروعه، أى بنتــه رضاعا ، و بنتها وان نزلت ، و بنت ابنه رضاعا ، و بنتها وان نزلت .

(٣) وفروع أبويه، أى أخواته رضاعا، و بناتهن و إن نزلن، و بنات إخوته رضاعا، و بناتهن وان نزلن — وأخواتكم من الرضاعة — .

(٤) وفروع جدّيه اللاتى انفصلن بدرجة واحدة، أى عماته وخالاته رضاعا. أما بنات عماته وأعمامه رضاعا، و بنات أخواله وخالاته رضاعا، فتحل له كما تحل له نســبا .

وكما يحرم على المسلم بالمصاهرة أصول زوجته مطلقا، وفروع زوجته المدخول بها، و زوجات أصوله، و زوجات فروعه، يحرم عليه من الرضاع :

(١) الأم الرضاعية لزوجته وأمها وان علت .

(٢) البنت الرضاعية لزوجته و بنتها و إن نزلت، و بنت ابنها الرضاعى و بنتها وإن نزلت بشرط أن تكون زوجته مدخولا بها .

(٣) و زوجات أبيه الرضاعى وأبى أبيه وان علا .

(٤) وزوجات ابنه الرضاعى وابن ابنه وان نزل .

فالمحرّمات من النساء بالرضاع ثمانية أنواع : وهنّ الأربع المحرمات بالنسب، والأربع المحرمات بالمصاهرة .

والدليل على تحريمهن قوله تعالى فى بيان المحرمات ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ . وهذه الآية الكريمة صريحة فى تحريم خصوص الأمهات رضاعا والأخوات رضاعا ولكنها تشير الى تحريم الباقيات؛ لأنها أطلقت على التى أرضعت أنها أم وعلى أولادها أنهم أخوة وأخوات . فدل هــذا الاطلاق على أن الرضاعة تصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله لأنه بتغذيه من لبنها صار بعضها و بعض زوجها ، وعن هذه الفرعية والأصلية تتفرع سائر المحرمات . وهذا

الذى أشارت اليه الآية صرح به الحديث «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» . و إذ كانت التى أرضعت كالتى ولدت كل منهما أم، فأم الزوجة رضاعا كأمها نسبا، و بنتها رضاعا كبنتها نسبا . و إذ كان زوج المرضعة أبا للرضيع والرضيع فرع له فزوجة الأب الرضاعى كزوجة الأب النسبى و زوجة الابن الرضاعى كزوجة الابن النسبى . ولهذا حرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة كما حرم من الرضاع ما يحرم بالنسب .

وقد توجد بعض صور ظاهرها أنها مستثناة من هذا النص «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولكن عند التأمل فيها وتحقيق معنى النص يتبين أنه لا استثناء.

من ذلك أنه يحرم على المسلم أم أخيه نسبا لأنه ان كان أخاه الشقيق أو أخاه لأمه فهى أمه ، وإن كان أخاه لأبيه فهى زوجة أبيه . ولا تحرم عليه أم أخيه رضاعا لأنها أجنبية منه ولم يتحقق فيها بالنسبة له سبب من أسباب التحريم. وكذلك يحرم على المسلم أخت ابنه نسبا ؛ لأنها إما بنته أو بنت زوجته المدخول بها . ولا تحرم عليه أخت ابنه رضاعا لأنها أجنبية منه . كما لا تحرم عليه أخت أخيه رضاعا وجدّة ابنه رضاعا .

والضابط العام لهذه الصورة أنها جزئيات فى حال القرابة النسبية يتحقق فيها سبب من أسباب التحريم بأن توجد الأصلية أو الفرعية أو فرعية الأبوين أو الجدين ... وفى حال الرضاع لا يتحقق فيها سبب من ذلك فلا يوجد تحريم؛ لأن معنى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أنه إذا وجدت من الرضاع أصلية أو فرعية أو فرعية أبوين أو فرعية جدّين ... فانها تحرم كما فى حال وجودها من النسب، وعند تحليل هذه الصور يتبين أن ليس فيها سبب تحريم .

المحـرّمات مـؤقتـا

١ ــ زوجة الغـير ومعتـدّته

يحرم على المسلم أن يتزوّج بامرأة هى زوجة غيره أو معتدته . فاذا كانت المرأة زوجيتها بغيره قائمة حقيقة بأن لم تقع بينهما فرقة بأى سبب، أو قائمة حكما بأن كانت فى العدّة بعد الفرقة فانه يحرم عليـه التزوّج بها . لكن اذا انقطعت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنهـا زوجها وانقضت عدّتها فان هـذا التحريم يزول لزوال سببه .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى فى بيان المحرّمات : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـانُكُمْ﴾ . والمراد هنا بالمحصنات المتزوّجات فهن من المحرّمات . وقوله تعالى فى شأن المعتدة من وفاة : ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ . أى ولا تبرموا عقـد الزواج حتى تنقضى العدّة . وقوله سبحانه فى شأن المطلقات : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ أى ينتظرن ولا يتزوّجن . والحكمة فى هذا منع الانسان من الاعتداء على غيره بالتزوّج من زوجته أو معتدّته، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع؛ ولهذا لم يفرق الشارع بين ما إذا كانت زوجة للغـير بزواج صحيح، أو مدخولا بها بعـد زواج فاسد، أو بناء على شبهة، لأنها فى الحالات الثلاث فراش يثبت نسب ولدها من زوجها أو ممن دخل بها .

وأما لو كانت المرأة حاملا من الزنى فانها لم يقم بها سبب هذا التحريم؛ لأنها لا هى زوجة للغـير ولا معتدّته، فيحل التزوّج بها لمن زنى بها ولغيره غير أنه إذا تزوّجها من زنى بهـا لا يحرم عليه قربانها فى الحـال . وأما إذا تزوّجها غير الزانى بهـا فانه يحرم عليه أن يدخل بها قبل أن تضع حملها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره » .

٢ — الجمـــع بين محرّمين

يحرم على المسلم أن يتزوّج بامرأتين محرّمين ، أى تحرم إحداهما على الأخرى بأى سبب من أسباب التحريم، لو فرضت إحداهما رجلا .

فلا يحل له أن يجمع بين الأختين ولا بين البنت وأمها أو عمتها أو خالتها لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ . ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنــة أختها فانكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » . وذلك لأن العداوة بين الضرائر لا تخفى .

فالمرأتان المحرمان لايحل الجمع بينهما بالزواج لاحقيقة بأن يجعلهما معا فى عصمته ولا حكما بأن يتزوج الثانية وما تزال الأولى فى عدّته لأنها ما دامت فى عدّته فهى زوجتــه حكما، ولا فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع، فالأختان رضاعا كالأختين نسبا لايحل الجمــع بينهما، لأن الشارع لايبيح مايقطع الصلة ويفكك الروابط ويجعل ذوات القربى ضرائر .

ولا بد أن تكون الحرمة بينهما ثابتة من الجانبين على معنى أن أية واحدة منهما لو فرضت رجلا حرمت عليه الأخرى، فلو كانت الحرمة من جانب واحد جاز الجمع بينهــما ، فيجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لهــا من قبل، لأنه لو فرضت البنت رجلا ما جاز له أن يتزوج بامرأة أبيه ولكن لو فرضت المرأة رجلا جاز له التزوج بالبنت، لأنه لاصلة بينهما بقرابة أو رضاع، فالحرمة من جانب واحد . ولهذا جاز الجمع[1] .

ولو أقدم رجل على الجمع بين المحرمين وتزوّج الأختين مثلا فاما أن يتزوجهما بعقد واحد أو بعقدين، فان تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما مانع فسد عقده عليهما، وتجرى على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الافتراق على المتعاقدين

(١) وقال زفر : متى ثبت حرمة احداهما على الأخرى ولو من جانب واحد يحرم الجمع بينهما .

وإلا فرق بينهما القضاء، وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر، وإن حصل بعد الدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى . ويترتب على الدخول بها سائر الآثار التى تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد . أما إذا كان بأحداهما مانع شرعى بأن كانت زوجة غيره أو معتدته مثلا، والأخرى ليس بها مانع، فان العقد بالنسبة للخالية من المانع صحيح، وبالنسبة للأخرى فاسد تجرى عليه أحكامه .

وإن تزوجهما بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح واللاحق فاسد، وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحته فهو الصحيح سواء كان السابق أو اللاحق .

وإن لم يعلم أسبقهما أو علم ونسى كأن يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنتين يتبين أنهما أختان، ولا يعلم أسبق العقدين أو علم ونسى فالعقدان غير صحيحين لعدم المرجح وتجرى عليهما أحكام الزواج الفاسد .

٣ — الجمع بين أكثر من أربع زوجات

يحرم على المسلم أن يجمع فى عصمته أكثر من زوجات أربع . فمن فى عصمته أربع زوجات وعقد زواجه بخامسة فان زواجه بهذه الخامسة فاسد لأنها محرمة عليه مادام فى عصمته أربع سواها، ولا فرق بين أن تكون الأربع فى عصمته حقيقة بأن لم يطلق واحدة منهن أو حكما بأن طلق إحداهن ولكنها مازالت فى عدته .

والدليل على إباحة التزوج بأربع وتحريم مازاد عليهن قوله تعالى فى سورة النساء ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ . وقوله صلى الله عليه وسلم لمن أسلم وكانت له عشر نسوة فى الجاهلية أسلمن معه : « أمسك أربعا وفارق سواهن » .

والحكمة فى إباحة تعدّد الزوجات أمور :

منهـا أن الرجل قد لاتحصن نفسه واحدة فصونا له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة ، ولم يبـح للمرأة أكثر من زوج لئـلا تضيع الأولاد باختلاط الأنساب .

ومنهـا أن عدد النساء فى الغالب يزيد على عدد الرجال فى أكثر الأمم ، فإذا لم يبح للرجل إلا واحدة بقى عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكن عرضة للسقوط .

ومنهـا أن الغرض الأول من الزواج وهو التوالد والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدّد الزوجات .

ومنهـا أن الزوج قد يجد زوجته عقيما ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروما من نعمة الأبوة ، فأباح الله له أن يتزوّج معها أخرى للخلاص من هذا الحرج .

ومما يعترض إباحة التعدّد أنه يؤدّى غالبا إلى فساد الأسر ، لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسوأ النتائج فى حل الروابط بين أفراد الأسرة . ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعادين متباغضين . ولأن الرجل فى الغالب لا يستطيع العـدل بين الزوجات ولا القيـام بشؤونهن جميعـا فتكثر الخصومات والمنازعات . ولأن شعور الزوجة بأن لزوجها هذا الحق يجعلها غالبا غير مطمئنة .

ولكن الشارع رأى أن مضار إباحة التعدّد أخف من مضـار حظره . فاتقى أشدّ الضررين وأباح التعدّد وقيد هـذه الاباحة بالقدرة على العدل بين الزوجات ، فمن خاف أن لا يعدل بين المتعدّدات فلا تباح له إلا واحدة .

وأن ما أباحه الشارع من التعدّد مع تقيد العدد بقصره على أربع واشتراط القدرة على العدل بينهن هو وسط معتدل بين ما كانت عليه الجاهليـة من إباحة التعدّد الى

غير حدّ . وما عليــه بعض الأمم الآن من حظر التعدّد مطلقا، فان لكل من هذين الطرفين أضرارا لا تخفى على من ينظر بعين النصفة ويبتغى وجه الحق .

٤ — المطلقة ثلاثا

من طلق زوجته ثلاث تطليقات فقد استنفد ما يملكه من عدد طلقاتها و بانت منه بينونة كبرى، وصارت لا تحل له إلا اذا انقضت عدّتها منه ثم تزوّجها زوج آخر وفارقها هذا الآخر بعد أن دخل بها وانقضت عدّتها، فحينئذ يحل لمطلقها الأوّل أن يتزوّجها ثانيا .

والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ . ثم قوله : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . و بينت السنة أن زواج الثانى لا يحلها للأوّل إلا بعد الدخول الحقيق .

والحكمة فى هذا أن الزوج اذا علم أنه بايقاع الطلقات الثلاث تحرم عليه زوجته حتى تتزوّج غيره يتروّى فى إيقاع الطلاق ولا يتسرع فى الاقدام عليــه فيكون حل العصمة على أساس التفكير وتدبر العواقب .

وكذلك الزوجة اذا علمت أن وقوع الطلقات الثلاث عليها يحرّمها على مطلقها ويضطرها الى الزواج بغــيره حملها ذلك على حسن العشرة واجتناب ما يؤدى الى إيقاع طلاق عليها .

وحكمة ثانيــة — أن الزوجة اذا عادت الى مطلقها بعــد أن تزوّجت غيره تكون قد خبرت أخلاق الرجال وعادت الى زوجها الأوّل بعد هذه التجربة بأخلاق غير الأولى فلا يعود الشقاق الذى كان قد استوجب وقوع تلك الطلقات .

٥ — من لا تدين بدين سماوى

يحرم على المســلم أن يتزوّج امرأة لا تدين بدين سمــاوى ولا تؤمن برســول ولا كتاب إلهى بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتى يعبدن الأصنام أو المجوسيات

اللاتى يعبدن النار أو الصابئات اللاتى يعبدن الكواكب . وإنما يباح للمسلم ان يتزوج مسلمة أو كتابيــة ممن تؤمن برسول وكتاب؛ كاليهودية التى تؤمن بموسى والتوراة والمسيحية التى تؤمن بعيسى والانجيل . ولا يباح للمسلمة أن تتزوج إلا مسلما .

أما الدليل على أن المسلم لايباح له زواج المشركة فهو قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾ . وقوله صلى الله عليه وسلم فى شأن المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » .

وأما الدايــل على أن المسلم يباح له زواج المسلمة والكتابية فهو قوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ .

وأما الدليل على أن المسلمة لا يباح لها أن تتزوج غير المسلم فهو قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ .

والحكمة فى هذه الأحكام أن أهم أغراض الزوجية من سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه اليــه وتعاونهما وتبادلهما المودة والرحمة لا تتحقق غالبا إلا مع اتحاد الزوجين دينا لأن اعتقادهما يكون واحدا وكذلك مايجب عليهما وما يحرم وما يحل . ولكن لما كان المسلم والكتابية تجمعهما كلمة واحدة وهى كلمة التوحيد كان بينهما من التقارب مايمكن أن تتحقق معه أغراض الزوجية .

قال تعالى : ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ ﴾ .

فهذه الكلمة السواء بين المسلم وأهل الكتاب قاربت بينهم وأحلت زواج المسلم بالكتابية . ولا كذلك المسلم والمشركة، فانهما لا تجمعهما كلمة و بينهما غاية البون وشدة الخلف ولا تتحقق بينهما أغراض الزوجية فلهذا حرمت على المسلم المشركة .

ولما كان للزوج سلطان على زوجته ، وهى فى الغالب عرضة لأن تتأثر به وتتابعه فى دينه حرم على المسلمة أن تتزوج غير مسلم حتى لاتكون عرضة لمفارقتها الاسلام بتأثير زوجها وسلطانه؛ لأن الدين لا يبيح للمتدين به ما يجعله عرضة للخروج منه .

٦ — الأمة على الحرة

من فى عصمته زوجة حرة يحرم عليه أن يتزوج معها زوجة غير حرة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة » . والحكمة فى هذا عدم امتهان كرامة الحرة بتزوج الرقيقة عليها ، والتنويه بشرف الحرية . ولهذا التنويه جعل الله إباحة زواج الأمة مقيدة بما اذا لم يستطع زواج الحرة . قال تعالى: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . ولكن الطول على مذهب أبى حنيفة يتحقق بوجود الحرة فى عصمته فعلا لا بمطلق القدرة المالية على زواج الحرة ، فمن فى عصمته حرة فهو مستطيع طولا زواج الحرائر فلا يحل له زواج الرقيقات .

الولاية على الزواج

من تثبت عليه هذه الولاية — قدمنا فى شروط الزواج أن فاقد الأهلية وهو الصغير غير المميز والمجنون لا ينعقد زواجه بنفسه وإنما الذى يزوجه وليه ، وأن ناقص الأهلية وهو الصغير المميز والمعتوه المميز والرقيق المملوك لا ينفذ زواجه بنفسه وإنما يتوقف على إذن وليه أو اجازته .

فمن هذا يؤخذ أن فاقد الأهلية وناقصها تثبت لغيرهما عليهما ولاية التزويج وهى التى تسمى الولاية على النفس، فلمن له الولاية عليهما أن يزوجهما وينفذ عليهما تزويجه جبرا عنهما . ولذا عرف الفقهاء الولاية بأنها تنفيذ القول على الغير جبرا عنه، وليس لواحد منهما الولاية على نفسه ، لأن فقد أهليته أو نقصها سلبه ولايته على نفسه .

والحكمة فى هذا أن الزواج عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من حقوق وآثار . ووجه المصلحة فيه لايدركها أصلا فاقد الأهلية، ولا يستقل بفهمها ناقصها. وقد تدعو الحاجة الى زواج واحد منهما لجلب منفعة أو دفع مضرة، فدفعا لما قد يطرأ من هذه الحاجات، وتلافيا لما قد يلحق فاقد الأهلية أو ناقصها من مباشرته بنفسه زوجية لا مصلحة لهما فيها جعلت ولاية تزويجهما للولى عليهما ليقدر برأيه ونظره وشفقته ما فيه المصلحة ويباشر ما يراه خيرا لهما وتقوم إرادته ورضاه مقام إرادة المولى عليه ورضاه . وبهذا يجمع بين دفع الحاجة وتلافى الضرر كما جعلت الولاية على مالهما للولى المالى تحقيقا لهذه الحكمة .

من تثبت له هذه الولاية — أما الرقيق المملوك فولاية تزويجه لمالكه سواء كان صغيرا أو كبيرا كامل العقل أو فاقده أو ناقصه لأن رقه جعل لمالكه هذا الحق عليه وسلبه حق ولايته على نفسه .

وأما الحر الصغير مميزا كان أو غير مميز، والكبير الملحق به لجنون أو عَتَه فولاية تزويج كل منهما لعصبته وسائر أقاربه، فان لم يوجد له وَلِيٌّ مستوفٍ شروط الولاية من عصبته وسائر أقاربه فولاية تزويجه للقاضى .

وترتيب العصبة فى الولاية كترتيبهم فى الإرث، فيقدّم من كان من جهة البنوّة أى الابن وابن الابن وإن نزل ، ثم من كان من جهة الأبوة أى الأب وأبو الأب وإن علا، ثم من كان من جهـة الأخوة أى الأخ الشـقيق والأخ لأب وابن كل منهما وإن نزل ، ثم من كان من جهـة العمومة أى العم الشقيق والعم لأب وابن كل منهما وإن نزل، ويسمى هذا تقديما بالجهة .

وبناء عليه اذا اجتمع للمعتوهة ابنها وأبوها وكل منهما مستوف شروط الولاية فالولاية لابنها لا لأبيها .

وإذا اجتمع عدّة عصبات من جهة واحدة واستوفى كل منهم شروط الولاية قدّم أقربهم درجة لى المولى عليـه فيقدّم الابن على ابن الابن، والأب على الجدّ، والأخ على ابنه، والعم الشقيق على ابنه، والعم لأب على ابنه، ويسمى هـذا تقديما بقرب الدرجة .

وإذا اجتمع عدّة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة قدّم أقواهم قرابة بالمولى عليه فيقدّم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب، ويسمى هذا تقديما بقوّة القرابة .

أما إذا اجتمع عدّة عصبات من جهـة واحدة ودرجة واحدة وفى قوّة قرابة واحدة كابنين أو أخوين شقيقين واستوفى كل منهما شروط الولاية، فان كل واحد منهما له ولاية التزويج لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر . وأى واحد منهما إذا انفرد بتزويج الصغير أو من فى حكمه صح عقده .

وإذا لم يوجد له ولى عاصب من هؤلاء ولم يوجد له عاصب من طريق الولاء وهم المعتق وعصبته انتقلت الولاية إلى سائر أقاربه من أصحاب الفروض وذوى الأرحام، ويقدم منهم من كان من جهة الأصول عدا الجدّ غير الصحيح، أى تقدم الأم وأم الأب وأم الأم، ثم من كان من جهة الفروع أى البنت و بنت الابن و بنت البنت، ثم الجدّ غير الصحيح، ثم من كان من فروع الأبوين أى الأخوات ثم أولادهن . ثم من كان من فروع الجدّين أى العمات والأعمام لأم . ثم الأخوال والخالات .

وإذا اجتمع عدّة من هـؤلاء الأقارب من جهة واحدة يقـدّم أقربهم درجة فتقدّم الأم على أم الأب والبنت على بنت الابن . وإن اتحدت جهتهم ودرجتهم يقـدّم أقواهم قرابة فتقدّم أم الأب على أم الأم ، و بنت الابن على بنت البنت، لأن من ينتسب بعاصب أقـوى ممن لا ينتسب به . وان لم يوجد مرجح كأختين شقيقتين ثبتت لكل منهما الولاية منفردة كما تقدّم فى العصبات .

واذا لم يوجد له ولى مستوف شروط الولاية لا من عصبته ولا من سائر أقاربه فولاية تزويجه للقاضى ، حسب الاختصاص المبين بالمـادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها " الاذن بالخصومة فى غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم . وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم " .

وليس لأحد غير من ذكر ولاية التزويج ولا الوصى الذى أوصى اليـه الأب بذلك لأن الولاية لمن جعلها له الشرع لا غير . وهذا هو مذهب أبى حنيفة فيمن له ولاية التزويج . وهو الذى عليه العمل .

ومذهب مالك أن ولاية التزويج للأب لاغير، ومذهب الشـافعى أن ولاية التزويج للأب والجدّ الصحيح لاغير، ومذهب الصاحبين أن ولاية التزويج للعصبة

لاغير . فأوسع المذاهب فيمن لهم الولاية على النفس مذهب الامام أبى حنيفة وأضيقها مذهب مالك .

شروط الولى — يشترط فى الولى أن يكون كامل الأهلية بالحرية والعقل والبلوغ ؛ لأنه إن كان فاقد الأهلية أو ناقصها كان هو مشمولا بالولاية فلا تكون له ولاية على غيره ولأنه لا يقدّر المصلحة وينظر فى وجوه النفع والضرر إلا بكمال أهليته . وأن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه ، فلو كان للصغيرة أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحى ، فلو كانت هى مسلمة فالولاية على تزويجها لأخيها المسلم ، وإن كانت مسيحية فالولاية للمسيحى لأنه باتحاد الدين تتحد وجهة النظر فى تقدير المصلحة ولقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ .

غيبة الولىّ وعضله — بما أن الأولياء مرتبون فى استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم كما بينا لا يكون للبعيد منهم ولاية مع وجود الأقرب منه المستوفى شروط الولاية ، فما دام الأب مثلا حاضرا مستوفيا شروط الولاية لا يكون للأخ أو للعم ولاية التزويج ، فان باشر واحد منهما زواج الصغير ومن فى حكمه بغير إذن الأب وتوكيله كان فضوليا وعقده موقوف على إجازة من له الولاية وهو الأب .

أما إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه فان الولاية تنتقل الى من يليه حتى لا تفوت المصلحة ، وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه لغيبته اعتبر كالمعدوم وصارت الولاية حق من يليه .

وأما إذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عذر مقبول والزوج كفء والمهر مهر المثل فانه فى هذه الحال يعدّ عاضلا أى ظالما ولا تنتقل الولاية الى من يليه بل تنتقل الى القاضى لأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم إلى القاضى .

فاذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود خاطب كفء آخر يفضل الثانى بمزايا . لا يعدّ فى هذه الحال عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

فالفرق بين الغائب والعاضل أن غيبة الغائب أمر حسى مادى لايقع اختلاف فى تحققه فبمجرد تحققه يعتبر كالمعدوم وتنتقل الولاية إلى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر للقاضى . وأما عضل العاضل فهو أمر نظرى تقديرى وربما كان امتناعه الذى يعده الولى الذى يليه عضلا وظلما ليس فى الحقيقة كذلك بل هو للمصلحة فيرفع الأمر إلى القاضى حتى إذا تبين أن الولى ظالم بامتناعه رفع الظلم وزوّج بنفسه .

أحكام تزويج الأولياء — لما كان الأولياء ليسوا سواء فى وفور شفقتهم بالصغير ومن فى حكمه وفى شدّة حرصهم على مصلحته اختلفت احكام تزويجهم تبعا لاختلاف شفقتهم ودرجات حرصهم .

فالأب وأبو الأب ومثله الإبن وابن الإبن بالنسبة للمجنونة أو المعتوهة أو المجنون أو المعتوه أوفر الأولياء شفقة وأشدّهم حرصا على مصلحة المولى، فما دام لا يعرف بسوء الاختيار لفسقه واستهتاره وعدم مبالاته فتزويجه المولى عليه صحيح نافذ لازم، سواء كان الزوج كفئا أو غير كفء وسواء كان المهر مهر المثل أو أقل أو أكثر بغبن فاحش أو يسير ؛ لأنه لوفور شفقته وشدّة حرصه لا بد أن يكون أمعن النظر واختار ما فيه المصلحة وعوض المولى عن الكفاءة والمهر ما هو أنفع له وأبقى .

وإذا كان معروفا بسوء الاختيار وجب الاحتياط للمولى . فان زوجه بكفء والمهر مهر المثل كان زواجه صحيحا نافذا لازما، وان زوجه بغير كفء أو على مهر أقل أو أكثر من مهر المثل بغبن فاحش فزواجه غير صحيح ؛ لأنه لسوء اختياره لا يوثق بأنه فوت الكفاءة أو مهر المثل إلى ما هو خير منه .

وغير الأب والجدّ والابن وابن الابن من العصبات وسائر الأقارب والقاضى إذا زوّج واحد منهم المولى عليه بغير كفء أو بأقل أو أكثر من مهر المثل بغبن فاحش فزواجه غير صحيح ، وإذا زوّجه واحد منهم بكفء و بمهر المثل فالزواج صحيح نافذ ولكنه غير لازم فللمولى عليه أن يختار فسخ الزواج عند بلوغه إذا بلغ عالما به أو عند علمه إذا بلغ غير عالم به . وذلك لأن هذا الفريق الثانى من الأولياء ليس كالفريق الأوّل فى الجمع بين وفور الشفقة وكمال الرأى فلا بد أن تكون المصلحة فى تزويجه ظاهرة بأن يكون الزوج كفئا والمهر مهر المثل ، وإذا تحققت هذه المصلحة الظاهرة فلا بد من أن تتاح للصغير اذا بلغ فرصة يتلافى بها ما قد يكون لحقه من الضرر الخفى بتزويج أخيه أو أخته أو أمه أو القاضى بجعل له الخيار إذا بلغ فان شاء أمضى الزواج وإن شاء طلب فسخه ولو بعد الدخول .

والأصل فى ذلك أنه لما زوّج رسول الله أمامة بنت عمه حمزة بن عبد المطلب من سلمة بن أبى سلمة . قال صلى الله عليه وسلم : « لها الخيار إذا بلغت » .

ومن اختار فسخ الزواج عند بلوغه أو عند علمه لا ينفسخ الزواج بمجرّد اختياره بل لا بد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناء على أن الولى الذى زوّجه غير أبيه وجدّه وأنه لم يرض بهذا الزواج صراحة ولا دلالة . وقبل أن يصدر الحكم بفسخ الزواج فهو صحيح نافذ تترتب عليه آثاره من لزوم المهر والتوارث . أما ان رضى به حين بلوغه أو حين علمه صراحة أو دلالة فلا تسمع منه دعوى الفسخ .

ومن الرضا دلالة سكوت البكر عن اختيار نفسها عند بلوغها عالمة بالزواج أو عند علمها به . وأما سكوت الثيب فى هذه الحال فلا يعدّ رضا دلالة فلا بدّ أن ترضى بقول أو عمل كأن تقول رضيت أو تطلب النفقة أو المهر ، ومثل الثيب فى هذا

الغلام. وكذلك إذا استؤذنت البكر من أقرب أقاربها فى أن يزوجها فسكتت مختارة اعتبر سكوتها اذنا . ولا كذلك الثيب (١) .

أما كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ فهو ولى نفسه وليس لأحد ولاية تزويجه ولا جبره عليه . غير أنه اذا كان كامل الأهلية أنثى ولها ولى عاصب لا يكون تزويجها نفسها صحيحا نافذا لازما إلا اذا كان الزوج كفئا لها والمهر مهر مثلها حتى لا يعير وليها العاصب بمصاهرة غير الكفء أو بنقصها عن مهر مثلها فهو فى ابتداء العقد له حق فى الكفاءة ومهر المثل .

فان زوجت نفسها بغير كفء وبغير رضاء وليها العاصب قبل الزواج فلا يصح العقد ولو رضى العاصب بعد ذلك لأن رضاه لا يجعل غير الصحيح صحيحا (٢) .

وان زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها يصح العقد ولا يلزم، فللولى العاصب أن يطلب اتمام مهر المثل فان أتمه الزوج لزم العقد وان لم يتمه رفع الأمر الى القاضى ليفسخه .

وان لم يكن لها ولى عاصب بأن كانت لا ولى لها أصلا أو لها ولى غير عاصب فلا حق لأحد فى الاعتراض على عقدها سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر المثل أو أقل لأن الأمر فى هذه الحال خالص حقها .

ولا يتوهمن أحد أن قانون تحديد سن الزواج الذى أشرنا اليه فى شروط سماع الدعوى قانونا بالزواج سلب الأولياء حق الولاية على الصغير والصغيرة ؛ لأن القانون المذكور انما منع من سماع دعوى الزوجية قضاء من زوجين أحدهما أقل من السن

---

(١) ووجه الفرق أن البكر تستحى عادة فى أمر الزواج من أن تقول نعم ولا تستحى من أن تقول لا فاذا سكتت اعتبر سكوتها دليلا على ما يمنعها الحياء من اظهاره وهو الرضا . وأما الثيب فاسبق عشرتها الزوجية لا يمنعها مانع من الافصاح بقولها نعم أو لا فسكوتها لا يعتبر دليلا على شىء .

(٢) وهذه رواية الحسن بن زياد عن الامام وعليها العمل وبها الفتوى . وفى ظاهر الرواية يكون العقد صحيحا غير لازم وللولى حق الاعتراض عليه وطلب فسخه .

المحدّدة وقت الدعوى، ومنع المختص بتحرير عقود الزواج أن يباشر العقد اذا كانت سن أحد الزوجين أقل من السن المحدّدة وقت العقد ولم يمنع الولى من حقه الذى جعله الشارع له . وان كان ما نص عليه من عدم تسجيل عقد زواج الصغار وعدم سماع الدعوى منهم مقصودا به أن يمتنع الأولياء من تلقاء أنفسهم أن يزوّجوا الصغار ، فليست السن المحدّدة شرطا شرعيا لانعقاد الزواج أو صحته أو نفاذه وانما هى شرط لمباشرة الموظف المختص تسجيله ولسماع القضاة الدعوى به ، وعقد الزواج متى تحققت أركانه وشرائطه الشرعية فهو عقد صحيح شرعا مهما تكن سن الزوجين أو أحدهما وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية .

الوكالة بالزواج

من القواعد الفقهية المقررة أن من ملك تصرفا من التصرفات كان له أن يباشره بنفسه وله أن يوكل عنه غيره بمباشرته ،ومن لا يملك تصرفا من التصرفات فليس له أن يوكل به غيره لأن فاقد الشيء لا يعطيه . و بما أن كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ يملك تزويج نفسه، فله أن يوكل عنه من يقوم مقامه فى تزويجه، وفاقد الأهلية أو ناقصها لا يملك تزويج نفسه فليس له أن يوكل عنه من يزوّجه .

والولى على كل واحد منهما هو الذى له أن يزوّجه فله أن يوكل من شاء بتزويجه .

والتوكيل كما يكون شفويا يكون كتابيا ، ولا يشترط لصحته حضور شاهدين وقت صدوره بل يتم بين الموكل والوكيل وحدهما كسائر العقود عدا الزواج . ولكن الأحسن الاشهاد عليه احتياطا خشية الجحود والنزاع .

وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره لأنه يستمد ولايته من الموكل والموكل أعطاه وحده الولاية ورضى برأيه فقط . فاذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه فى هذا التزويج من شاء، أو وكله بصيغة التفويض بأن قال له فوّضت أمر زواجى الى رأيك فى كل ماتفعله ، ففى هاتين الحالتين للوكيل أن يوكل غيره عنه .

ومهمة الوكيل بالزواج هى مباشرة الصيغة فقط لأنه سفير ومعبر، و بعد انتهاء الصيغة لا يطالب بأى حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا النفقة، ولا يطالب وكيل الزوجة بادخالها فى طاعة الزوج لأن السفير لا يطالب بحقوق إلا إذا ضمن الوكيل والتزم بشيء من الحقوق فانه يطالب بمقتضى التزامه وضمانه لا بمقتضى وكالته .

و إذا تصرف الوكيل فى حدود وكالته ولم يخالف فيما وكل فيه نفـذ تصرفه على الموكل. أما إذا جاوز حدود وكالته وخالف فيما وكل فيه فانه يعتبر فضوليا و يتوقف نفاذ تصرفه على اجازة الموكل .

بناء على هذا، إذا قال الموكل للوكيل : زوّجنى، أو زوّجنى أية امرأة، فزوّجه ينفذ زواجه على الموكل سواء كانت الزوجة سليمة من العيوب أو معيبة بأى عيب، وسواء كانت تكافئه أو لا تكافئه، لأن التوكيل مطلق فيدخل فى حدوده تزويج أية امرأة تحل للموكل — ولا يخرج عنه إلا تزويج من يمنع مانع شرعى من زواجها به لأن خلو المرأة من الموانع الشرعية قيد ملحوظ للموكل معنى وان لم يصرح به لفظا — ويخرج عنه أيضا بنت الوكيل الصغيرة وأية صـغيرة فى ولايته للتهمة ، فلو زوّجه الوكيل موليته توقف على اجازة الموكل لأنها لمـا اعتبرت خارجة عن حدود وكالته اعتبر فضوليا فيتوقف تزويجه .

وكذلك لو كان الوكيل بالزواج امرأة فزوّجت موكلها من نفسها بمقتضى توكيله المطلق لها لا ينفذ الزواج عليه بل يتوقف على اجازته للتهمة . ولأنه لو كان مراده أن يتزوّجها هى لقال لها زوّجينى نفسك فالظاهر أنه يريد غيرها، وهذا هو مذهب الامام، فمقتضى الاطلاق فى التوكيل عنده أن ينفذ على الموكل تزويج وكيله إياه من أية امرأة تحل له شرعا، سواء كانت المرأة تكافئه أو لاتكافئه، وسواء كانت معيبة أو سليمة، وسواء سمى لها مهر مثلها أو أكثر منه بغبن فاحش أو يسير لأن الاطلاق بالنسبة للزوجة والمهر يقتضى هذا ولو كانت للموكل إرادة معينة بالنسـبة لأحدهما لقيد بها وكيله ، ولا يخرج عن هذا الاطلاق إلا تزويج الوكيل موكله من بنته أو أية أنثى فى ولايته، وتزويج الوكيلة موكلها من نفسها للتهمـة فى الصورتين . ومواضع التهمة مستثناة معنى وان لم يصرح باستثنائها لفظا .

وقال صاحباه : التوكيل المطلق يتقيد بالمتعارف، والمتعارف أن يحتاج الموكل إلى الاسـتعانة بوكيل فى أن يزوّجه ممن تحل له وتكافئه بغير غبن فاحش عليه

فى تسمية مهرها لأن هذا هو الذى قد يعجز المرء عن أن يهتدى اليه بنفسه ويحتاج فيه الى معونة غيره، وأما الزواج من أية إمرأة بأى مهر فلا يعجز عنه أحد ولا يقصد إلى الاستعانة عليه بوَكيل. فعندهما كما يخرج عن حدود الوكالة المطلقة الزواج الذى فيه تهمة الوكيل يخرج عنه أيضا تزويجه الموكل ممن لا تكافئه، وتزويجه ممن تكافئه بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش، فيكون العقد فى هـذه الحالات الثلاث موقوفا على اجازة الموكل. وقول الصاحبين هو الراجح وعليـه العمل لأن المعـروف عرفا كالمشروط شرطا.

وأما إذا لم يطلق الموكل لوكيله بل قيـده بزوجية معينة فانه يتقيد بما قيد به ويكون فضوليا فيما عداه، فلو قيده بزوجة معينة بأن قال له: وكلتك فى أن تزوّجنى فلانة فزوّجه غيرها توقف على اجازته. ولو قيده بمهر بأن قال له: وكلتـك فى أن تزوّجنى على مهر لا يزيد على مائة جنيه فزوّجه على مهر قدره مائة وخمسون توقف أيضا على اجازته ولو التزم الوكيل بدفع الخمسين الزائدة من ماله لأن صاحب المروءة يأبى أن يعير بمنة غيره عليـه وخاصة فى مهر الزواج. ولو قيده بأن يزوّجه واحدة فزوّجه باثنتين، فان كان هذا فى عقد واحد بأن قال الوكيل لاثنتين زوّجتكما موكلى، فقـالت كل منهما قبلت توقف على اجازته. وان زوّجهما إياه فى عقـدين نفذ أوّلهما على الموكل لأنه بمقتضى الوكالة وتوقف الثانى على اجازته لخروجه عن حدود الوكالة لانتهاء مهمة الوكيل بنفاذ العقد الأوّل.

هذه أحكام توكيل الرجل غيره فى أن يزوّجه.

وأما إذ وكلت المرأة غيرها فى أن يزوّجها. فان كان التوكيل مطلقا بأن قالت لرجل: وكلتك فى أن تزوّجنى ولم تقيده بزوج ولا مهر يخرج عن حدود هذه الوكالة المطلقة الزواج الذى فيه تهمة للوكيل، فلو زوّجها من نفسه أو أصله أو فرعه لا ينفذ عليها بل يتوقف على إجازتها لاستثناء مواضع التهمة من الإطلاق ولأنها لو أرادته هو زوجا لهـا لتزوّجته بدل أن توكله. ويخرج عن حدودها أيضـا بالاتفاق بين

الإمام وصاحبيه تزويجها من غير كفء لها لأن كفاءة الزوج لزوجته وقت العقد شرط لصحته اتفاقا فالتقييد بالكفء ملحوظ فى الوكالة معنى وان لم يصرح به لفظا، فلو زوجها الوكيل من غير كفء لهـا لا يصح العقد ولا تلحقه اجازة لأن الاجازة لا تلحق الفاسد . ويخرج عنها أيضا تزويجها من كفء لها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش، فلو زوجها كذلك يكون موقوفا على اجازتها واجازة وليها .

فعلى هذا يكون تزويج وكيلها إياها نافذا عليها إذا زوجها من أجنبى عنه يكون كفئا لها على مهر مثلها أو أقل منه بغبن يسير . لأن هذا هو الذى يدخل فى حدود وكالته المطلقة .

ويكون فاسدا إذا زوجها من غير كفء لهـا .

ويكون موقوفا على اجازتها إذا زوجها من نفسه أو أصله أو فرعه .

ويكون موقوفا على اجازتها واجازة وليها العـاصب إذا زوجها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش .

وأما إذا كان توكيلها غيرها فى تزويجها مقيدا غير مطلق فان الوكيل يتقيد بمـا قيدته به ويكون فضوليا فيما عداه شأن كل توكيل مقيد .

الكفاءة فى الزواج

الكفاءة شرعا مساواة الزوج زوجتـه فى المنزلة بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعير بهذه المصاهرة حسب العرف .

وقد خص الفقهاء أمورا ستة اعتبروا أن الكفاءة تتحقق بتحقق المساواة فيها ، وأن عدم المساواة فيهـا أو فى أحدها مفوّت للكفاءة ، وهى التى جمعهـا بعضهم فى قـــوله :

نسب و إسلام كذلك حرفة * حرية وديانة مال فقـــط

ولنبين معنى التكافؤ فى كل أمر من هذه الأمور الستة :

(١) النسب — إذا كانت الزوجة نسـيبة ، أى معروفا لهـا نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفئا لها إلا نسيب مثلها متصل نسبه بأصل معلوم، وشرف العـلم فوق شرف النسب، فالعـالم غير النسيب كفء لأية نسيبة مهما شرف نسبها .

وهـذا التكافؤ فى النسب خاص بمـا إذا كان الزوجان من العرب لأنهـم هم الذين حفظوا أنسـابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسـباب هجوهم ومدحهم، فالعربية وهى هى التى يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب لايكون كفئا لها غير العربى وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من القبائل ، وليس العرب كلهم متكافئين فقريش بعضهم أكفاء لبعض أى أن القرشية لا يكافئها إلا قرشى، وسائر العرب بعضهم أكفاء لبعض أى أن العربية من غير قريش يكافئها أى عربى و إن اختلفت القبائل فالقرشى كفء لأية عربية ، وغير القرشى من العرب كفء لغير القرشية منهم .

وأما غير العرب فلأنهم لم يحفظوا أنسابهم ولم يعتدوه من مفاخرهم لا يعتبر بين الزوجين منهم التكافؤ فى النسب (١) .

(٢) الإسلام — اذا كانت الزوجة مسلمة لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذى ليس له فى الاسلام أب ولا جدّ ، ومن لها أب واحد فى الاسلام يكافئها من له أب واحد فيه، ومن له أب وجدّ فى الاسلام فهو كفء لمن لها أب وأجداد لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجدّه فلا يلتفت الى ما زاد .

وهذا التكافؤ فى إسلام الأصول انما يعتبر فى غير العرب . أما العرب فلا يعتبر فيهم، فالعربى المسلم الذى ليس له أب فى الاسلام كفء للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون، لأن العرب اكتفوا فى التفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون باسلام أصولهم . أما غيرهم فيتفاخرون به .

(٣) الحرفة — اذا كانت الزوجة بنت صاحب حرفة شريفة لايكون كفئا لها صاحب الحرفة الدنيئة . والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف ، ولذا قال صاحب الفتح؛ فيكون الحائك كفئا للعطار بالأسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدّها نقصا ألبتة ، واذا تقاربت الحرف فلا عبرة بالتفاوت فيها ، وهذا التكافؤ فى الحرف معتبر فى كل من يحترف من العرب وغيرهم .

(٤) الحرّية — اذا كانت الزوجة حرة لا يكون الرقيق كفئا لها، واذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتَق كفئا لها، ومن لها أب وجدّ فى الحرية لا يكافئها من له أب فقط ، ومن لها أب وأجداد فى الحرية يكافئها من له أب وجدّ فقط، كما قيل فى إسلام الأصول، والحكمة فى هذا أن الرق منقصة والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء .

---

(١) وفى هذا نظر ؛ لأنه اذا كان من غير العرب طبقات من الأشراف ذوى البيوتات العريقة يفخرون بأصلهم و يعيرون اذا تزوّجت واحدة منهم زوجا غير أصيل فلم لا يكون حكمهم حكم العرب، والعلة واحدة، والعرف له اعتبار .

ولما كان العرب لايسترقون لأنه لا يقبل منهم إلا أن يسلموا أو يقتلوا كان التكافؤ فى الحرية معتبرا فى غيرهم فقط لأنهم لا رق فيهم .

(٥) الديانة — المراد بها الصلاح والاستقامة؛ فاذا كانت الزوجة من بنات الأتقياء ذوى الاستقامة لا يكون الفاسق كفئا لها لأنهم لتقواهم واستقامتهم يرون مصاهرة الفاسق عارا لهم، فلا يكون الفاسق كفئا لصالحة بنت صالح وانما يكون كفئا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح وهذا رأى الشيخين . وقال محمد : لا عبرة بالديانة والصلاح فى الكفاءة؛ لأن الصلاح من أمور الآخرة التى بين المرء وربه والكفاءة من الأحكام الدنيوية التى ترجع الى علاقة الناس فى الدنيا بعضهم ببعض، وكم من فاسق له بين الناس منزلة واعتبار ولا يعير أى تقى بمصاهرته، لكن اذا كان الفاسق وصل به فسقه الى أن صار سخرية بين الناس يصفع و يضحك منه فهذا هو العار كله ولا يكون كفئا .

(٦) المال — ليس المراد بالتكافؤ بين الزوجين فى المال أن يتساويا فى الغنى ودرجة اليسار وانما المراد أن يكون الزوج قادرا على مقدم صداقها والانفاق عليها شهرا، فمن كان قادرا على ذلك يعتبر كفئا لها ماليا ولو كانت ثروتها وثروة أبيها أضعاف ماله . أما من كان غير قادر على ذلك فهو ليس كفئا لها ماليا، وهذا قول أبى يوسف وعليه الفتوى لأن الغنى لاثبات له والمال غاد ورائح فلا اعتبار فى الكفاءة لكثرته وقلته، وقال الطرفان : انما تتحقق الكفاءة فى المال بعدم التفاوت البين بينهما فى الغنى واليسار حتى أن الفائقة فى اليسار لا يكافئها من لا يقدر إلا على المهر والنفقة الواجبة لأن الناس يتفاخرون بغنى الصهر و يعيرون بفقره .

من له الحق فى الكفاءة — قدّمنا فى مبحث الولاية على الزواج أن الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء لها بغير رضا وليها العاصب قبل الزواج فزواجها غير صحيح مراعاة لحق وليها، وأن الولى — ما عدا الأب الذى

لم يعرف بسوء الاختيار — إذا زوّج موليته من غير كفء فتزويجه غير صحيح مراعاة لحق موليته .

فيؤخذ من هذا أن الكفاءة حق للزوجة وللولى معا و أن رضا أحدهما بتفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه (١) .

و بناء على هذا إذا زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها من رجل ولم تبحث فى أمره حتى تعلم أنه كفء لها أو غير كفء ثم تبين أنه غير كفء فليس لها طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفاءة لأنها أسقطت حقها بتقصيرها فى البحث فكأنها رضيت به على أى حال .

ولكن أولياءها لم يسقطوا حقهم فلهم طلب الفسخ لأن الكفاءة حق الاثنين وإسقاط أحدهما حقه لا يؤثر فى حق الآخر .

وأما إذا زوّجها وليها بعلمها و إذنها و برضاها رجلا من غير بحث فى كفاءته أو عدمها ثم تبين أنه غير كفء فليس للأولياء ولا للزوجة حق طلب الفسخ لأنهم جميعا بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكأنهم رضوا به على أى حال .

ولكن إذا شرطت فى العقد كفاءة الزوج ثم تبين أنه غير كفء ، أو حصل تغرير من الزوج بأن زعم أنه كفء فاذا هو غير كفء لم يسقط حقهما فى الحالين ؛ لأنه مع الاشتراط أو تغرير الزوج لم يحصل تقصير ولا يعتبر واحد من الزوجة أو وليها مسقطا حقه لأنه ما حصل رضا بزواجه إلا على أنه كفء .

و إذا اختلفت مرتبة الأولياء فالكفاءة حق أقربهم ، فاذا رضى الأقرب بغير الكفء فلا حق للبعيد فى الاعتراض وطلب الفسخ ، و إذا استووا فى الدرجة كأخوة

---

(١) وليس فى الكفاءة حق للشرع بحيث لو رضيت الزوجة ووليها بزوج غير كفء لها لا اعتراض على هذه الزوجية ، و إنما يثبت الاعتراض لمن لم يرض منهما دفعا للعار والضرر عن نفسه وبهذا يتبين خطأ القول بأن اعتبار الإسلام للكفاءة يجعله دين الطوائف ويجعل فى المسلمين منبوذين وغير منبوذين .

أشقاء فهى حق لكل واحد منهم لا يتجزأ، فاذا رضى أحدهم بغير الكفء فقد سقط حقهم واعتبر رضاه رضا منهم فليس لأحدهم الاعتراض وطلب الفسخ .

فيمن تعتبر الكفاءة — الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط أى أنها تتحقق إذا لم يكن الزوج دون زوجته فى أمر من أمورها . أما إذا كانت الزوجة دون زوجها فى تلك الأمور أو بعضها فهذا لا ينفى الكفاءة المطلوبة شرعا ولا يمنع التزوج بها ؛ لأن العادة جرت بأن الزوجة الشريفة تعير هى وأولياؤها بأن يكون زوجها القوام عليها المنسوب إليه أولادها خسيسا . أما الزوج الشريف فلا يعير بأن تكون زوجته خسيسة، وكم ملوك وخلفاء كانت زوجاتهم من الإماء .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب الزوجة إلا فى حالتين :

(الأولى) فيما إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة فانه يشترط لنفاذ تزويج الوكيل على الموكل أن يزوجه ممن تكافئه على قول الصاحبين وهو الراجح عملا بتقييد العرف .

(الثانية) فيما إذا كان الولى الذى يزوج الصغير غير الأب الذى لم يعرف بسوء الاختيار فانه يشترط لصحة تزويجه أن تكون الزوجة كفئا له احتياطا لمصلحة الصغير.

متى تعتبر الكفاءة — إنما تعتبر الكفاءة فى ابتداء العقد على معنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت العقد فلا يضر فقد شىء منها بعد، فلو كان الزوج صاحب حرفة شريفة ثم صار الى حرفة دنيئة أو كان قادرا ماليا ثم أعسر فلا أثر لهذا فى صحة العقد ؛ لأنه لو شرط بقاء الحال على ما كانت عليه وقت العقد لنال الناس من هذا حرج لأن دوام الحال من المحال .

و بعض الأئمة لا يعتبر الكفاءة مطلقا لأن الناس سواء وقد قال صلى الله عليه وسلم : « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إنما الفضل بالتقوى» . وقال : «يا بنى هاشم لايجيئنى الناس بالأعمال وتجيئونى بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » . فكل مسلم كفء لأية امرأة مهما كان أصلها .

حقـــوق الزوجيـــة

اذا تم عقد الزواج يستحق شرعا كل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ، ويجب على كل منهما أن يوفّى صاحبه حقه .

فالزوجة تستحق على زوجها حقوقا مالية وهى المهر ، والنفقة ؛ وحقوقا غير مالية وهى أن لا يلحق بها ضررا ، وأن يعدل بينها وبين ضرائرها إن تعددت الزوجات .

والزوج يستحق على زوجته حق طاعتها له ، وولاية تأديبها بالمعروف .

وكل منهما يستحق على الآخر حق الإرث ، وحرمة المصاهرة ، وحل الاستمتاع ، وحسن المعاشرة .

وقبل تفصيل الأحكام الشرعية لهذه الحقوق نبين بالاجمال الحكمة فى أن الزوجة استحقت على الزوج حقوقا مالية ، وهو لم يستحق عليها أى حق مالى ، ذلك لأن الزوج وظيفته فى الحياة السعى للرزق والعمل لكسب ما يسدّ به حاجات المعيشة ، فهو قادر على أداء الحقوق المالية واحتمال أعبائها ، وأما الزوجة فالشأن فيها أن تكون وظيفتها منزلية وأن تكون مشغولة بحق زوجها وأولادها عن كسب المال والمشاركة فيما تتطلبه الحياة الزوجية من مطالب مالية ، فليس من العدل وهذا شأنها أن تكلّف حقوقا مالية .

ومن جهة أخرى الزوجة مقصورة على زوجها ومحتبسة لأجل حقه وصيانة نسب أولاده من الاختلاط بغيره ، وكل من احتبس لغيره وجبت مؤونته على من احتبس له .

وبعض الأمم تسير على نظام يقضى بتكليف المخطوبة أن تدفع مبلغا من المال لخاطبها حسب حالهما وميسرتهما ، وكثير من الباحثين مَن نقدوا هذا النظام ورأوا

أنه قديكون عقبة فى سبيل الزواج ووسيلة الى زلل بعض الفتيات الفقيرات اللاتى يدفعهن الحرص على الزواج الى الحصول على المـال، وقد تكون وسائل الحصول عليه مما تهوى بهن .

وبعض القوانين الأوروبيـة يوجب على الزوجة اذا كان لهـا مال أن تساهم بثلث ايرادها فى نفقات الأسرة، وهذا لا يتفق والمبدأ العادل الذى يقضى بأن من احتبس لحق غيره ومنفعته تكون نفقته على من احتبس له .

وهذا تفصيل الأحكام الشرعية لحقوق الزوجة على زوجها .

١ — المهـــر

تعريفه وسبب وجوبه — المهر هو الحق المـالى الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أو الدخول بها . ويسمى الصداق، والفريضة، والأجر، والعُقْر، والنِّحْلة .

ويثبت وجوبه على الزوج بأحد سببين : إما بمجرد العقد على الزوجة، أو بالدخول الحقيقى بها، فاذا تم عقد الزواج صحيحا شرعا وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد ولو لم يعقبه دخول بها بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها . وأما اذا كان عقد الزواج فاسدا شرعا كأن عقـد بغير حضور شهود فلا يجب على الزوج المهر بمجرد هذا العقد الفاسد، وانما يجب اذا أعقبه دخول الزوج حقيقة بمن عقد عليها بحيث لو مات أحد الزوجين بزواج فاسد بعد العقـد وقبل الدخول أو افترقا من تلقاء أنفسهما أو بتفريق القضاء قبل الدخول فلا يجب على الزوج مهر .

دليـل وجوبه — والدليل على وجوب المهر فى عقـد الزواج قول الله تعـالى فى سورة النساء : ﴿ وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ

بَعْدِ الفَرِيضَةِ ﴾ . فالله أمر بإيتائهن مهورهن وسمى المهر فريضة فدل على وجوب المهر فى الزواج وأنه لا زواج بلا مهر .

مقـــداره — أقل المهر شرعا عشرة دراهم فضـة تزن سـبعة مثاقيل أو ماقيمته ذلك من أى مال، وقد كان وزن الدراهم الفضة فى صدر الاسلام مختلفا، فمنها عشرة دراهم تزن عشرة مثاقيل، ومنها عشرة تزن ستة مثاقيل، ومنها عشرة تزن خمسة مثاقيل ، وكان هـذا الاختلاف يؤدى الى النزاع بين أرباب المـال وجباة الضرائب فاختار عمر بن الخطاب فى خلافته المتوسط من هذه الأوزان وهو العشرة الدراهم التى تزن سبعة مثاقيل وصار هو المعتبر فى كل نصاب شرعى مقدّر بالدراهم، وهذه الدراهم العشرة تساوى بالنقود المصرية خمسة وعشرين قرشا صاغا .

ولا حدّ لأكثره ، فللمتعاقدين أن يزيدا عن العشرة الى ما شاءا .

أما الدليل على تحديد نهايته الصغرى بعشرة دراهم فهو الحديث : « ولا مهر أقل من عشرة دراهم »(١) ، وأما الدليل على أنه لا حدّ لأكثره فلأنه لم يرد نص بتحديد نهايته الكبرى ولا تحديد إلا بنص ، ولذا روى أن عمر رضى الله عنـه قال فى خطبة له : لا تغالوا فى مهور النساء ، فقالت له امرأة : ليس ذلك لك ياعمر، إن الله تعـالى يقول : ﴿ وآتَيْـتُمْ إحْدَاهُنَّ قِنطَاراً ﴾ فقال عمـر : امرأة أصابت ورجل أخطأ .

ما يصح أن يكون مهرا — ولا يلزم أن يكون المهر دراهم مضروبة ولا أن يكون من الذهب أو الفضـة بل يصح شرعا أن يكون المهر من الذهب أو الفضة المضروبين وغير المضروبين ومن كل شىء معلوم له قيمة مالية من عقار أو منقول مكيل أو موزون أو حيوان، ومن منافع الأعيان التى يستحق فى مقابلها

---

(١) روى البيهقى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » .

المـال كسكنى المنزل أو زراعة الأرض ، فكل مال معلوم متقـوم قيمتـه عشرة دراهم فضة فأكثر سواء أكان نقدا أم عينا أم منفعة يصح شرعا أن يسمى مهرا . والمعتبر أن تكون قيمته عشرة دراهم وقت العقـد حتى لو كان المسمى قيمته عشرة وقت العقد ثم نقصت قيمته عنها عند التسليم ليس لها المطالبة بالنقص، ولو كانت قيمته وقت العقد أقل فلها المسمى وما يكمل العشرة .

تعجيله وتأجيله — ولا يلزم أن يكون حالا بل يصح أن يكون حالا وأن يكون مؤجلا كله أو بعضه الى أى أجل يتفق عليه العاقدان أو الى عدّة آجال يدفع عند كل أجل قسط منه حسب عرف البلاد فيما يعجل وفيما يؤجل . والمتعارف فى القاهرة تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث الى أحد الأجلين الموت أو الطلاق ، وفى بعض البلاد المصرية تعورف تعجيل النصف وتأجيل النصف الى أحد الأجلين ، فان اتفق العاقدان على المعجل والمؤجل عمل باتفاقهما ، وان لم يتفقا عمل بما يقضى به عرفهما لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

من له الحق فى المهر — المهر فى ابتداء العقد يتعلق به حقان حق الشرع ، وحق الزوجة وأوليائها ، لأن الشرع جعل المهر حكما وأثرا مترتبـا حتما على الزواج بحيث لا يكون إلا بمهر، ولذا سماه الله فريضة فى قوله : ﴿فآتوهنّ أجورهنّ فريضة﴾، ولا يكون بمهر أقل من عشرة دراهم للحديث : « ولا مهر أقل من عشرة دراهم » فوجوب مهر لا يقل عن عشرة دراهم هذا حق الشرع، ولذا لا تملك الزوجة ولا أولياؤها نفى وجوب المهر أصلا ولا نقص مقـداره عن عشرة دراهم لأن المهر الى عشرة حق الشرع، والانسان لا يملك إسقاط حق غيره .

و إبلاغ المهر الى مقدار مهر المثل حق للزوجة وأوليائها ، ولذا لو زوّجت المكلفة نفسها بأقـل من مهر مثلها بغير رضا وليها العاصب كان لوليها طلب الفسخ لأنهـا برضاها أسقطت حقها هى ولكن بقى للولى حقه ، ولو زوّج الصغيرة الولى غير الأب

والحد بأقل من مهر مثلها لم يصح تزويجه مراعاة لحقها . هذا فى ابتداء عقد الزواج أما بعـد أن يتم العقد وتتقرر حقوقه فان المهر يكون حقـا خالصا للزوجة وحدها تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالهـا ، فلو أبرأت زوجها منه كله أو بعضه بعد ما وجب لها فى ذمته بالعقد الصحيح أو بالدخول صح إبراؤها وبرئت ذمته منه ، ولو قبضته ووهبته له صحت هبتها لأن هذا تصرف فى خالص حقها ، ولذا قال الله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فِيما تراضيتم بِهِ مِن بعدِ الفرِيضةِ ﴾ ، ولا حق لزوجها ولا لغيره فى الاعتراض على تصرفها فى مالها الذى هو خالص حقها ما دامت رشيدة ، لأن كل مالك رشيد رجلا أو امرأة متزوجة أو غير متزوجة يتصرف فى ملكه كما يشاء .

مقدار المهر الذى يجب للزوجة

فى بعض الأحوال يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط .

وفى أحوال يكون المهر الواجب لهـا هو مهر مثلها .

وفى أحوال يكون المهر الواجب هو المسمى المتفق عليه فى العقد بالغا ما بلغ .

وفى أحوال يكون المهر الواجب لها هو الأقل من المسمى ومن مهر مثلها .

متى يكون الواجب عشرة دراهم

اذا سمى فى العقـد مهر أقل من عشرة دراهم بأن سمى مثـلا عشرون قرشـا أو شىء قيمته وقت العقد عشرون قرشا ففى هذه الحالة يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط «٢٥ قرشا» أو الشىء المسمى وما يكمل العشرة ، وذلك لأن المهر الى عشرة دراهم حق الشرع وما زاد الى مهر المثل حق الزوجة وأوليائها ، فاذا رضيت بأقل من عشرة فقد أسقطت حقها وهذا تملكه وأسقطت حق الشرع وهـذا لا تملكه فيكمل المهر الى العشرة مراعاة لحق الشرع الذى لا يملك العاقدان تفويته كله أو بعضه (١) . وكذلك اذا سمى عشرة دراهم تجب العشرة .

---

(١) وقال زفر : لها فى هذه الحالة مهر مثلها لأن تسمية مالا يصح مهرا شرعا كعدم التسمية وعند عدم التسمية الواجب مهر المثل .

ويراعى أنه اذا كان للزوجة ولى عاصب ولم يرض بهذا المهر فله طلب الفسخ ما دامت العشرة أقل من مهر المثل لأنها لا تملك إسقاط حقه .

متى يكون الواجب مهر المثل

واذا لم يسم فى العقـد مهر أصلا بأن صدرت الصيغة بدون تسمية مهر " زوّجينى نفسك — قبلت " . أو كان الزواج على نفى المهر بأن صدرت الصيغة " زوّجينى نفسك على أن لا مهر لك — قبلت " أو سمى فى العقـد مهر لا تصح تسميته شرعا كتسمية شىء مجهول جنسه، أو شىء ليست له قيمة ماليـة ففى هذه الحالات الثلاث يكون المهر الواجب للزوجة هو مهر مثلها .

وذلك لأن المهر هو من أحكام الزواج وحقوقه المترتبـة عليه وليس ركنا له ولا شرطا من شروطه فالسكوت عن ذكره أو النص على نفيـه لا أثر له فى انعقاد الزواج ولا صحته فيصح العقد و يترتب عليه وجوب مهر ولا عبرة بسكوت العاقدين عن ذكره أو بنفيهما له لأن أثر العقـد يترتب عليه ولا ينتفى بنفى العاقدين له أو سكوتهما عنه .

ولمـا كان الواجب الأصلى هو مهر المثل والمسمى يقوم مقـامه فاذا لم يسميا مهرا، أو نفياه ، أو سميا مالا تصح تسميته شرعا، يجب الموجب الأصلى وهو مهر المثـــل .

وتسمَّى من سُكت فى العقد عن تسمية مهر لهـا المفوِّضة، لأنها بسكوتها عن تسمية مهر لها كأنها رضيت بتفويض أمر تقديره الى زوجها فلها بعد العقد وقبل الدخول بها أن تطالبه بفرض مهر لها، فان تراضيا على مهر وجب، وان لم يتراضيا رفعت أمرها الى القضاء ليأمره بالفرض فان لم يفعل قضى لهـا بمهر مثلها . وأما لو سكتت عن مطالبته بفرضـه حتى دخل بهـا أو مات أحدهما فالواجب

لهـا مهر مثلها لأنه هو الموجب الأصلى للعقد فى هذه الحـالة وقد تقرر وجوبه وتأكد بالدخول أو الموت[1] .

متى يكون الواجب هو المسمى فى العقد

واذا سمى فى العقد مهر تسـمية صحيحة بأن سمى شىء معلوم له قيمة مالية فى اعتقاد المتعاقدين يعادل عشرة دراهم فأكثر وكان العقد صحيحا ففى هذه الحالة يكون المهر الواجب هو المسمى كأن يسمى نقودا تعادل عشرة دراهم فأكثر أو خاتم ذهب كذلك أو عقارا أو منقولا معلوما أو منفعة يستحق عليها الأجر .

أما اذا كانت التسمية غير صحيحة فالواجب مهر المثل كما قدّمنا .

وتفسـد التسمية اذا كان المسمى لا قيمة له فى دين المتعاقدين كالخمر والخنزير بالنسبة للزوج المسـلم ولو كانت الزوجة مسـيحية، أو كانت له قيمة مالية ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع بأن تزوجها على حلى ولم يبين جنسه ولا نوعه أو تزوّجها على عشرة أرادب ولم يبين نوعها ، فان بين نوع المسمى كعشرة أرادب قمح كانت الجهالة يسيرة فتصح التسمية ويكون الواجب مقدار المسمى من النوع الوسط أو قيمته والخيار للزوج فى ذلك ، ولو تزوّجها على مائة جنيـه ودار ، أى على معلوم ومجهول فلها مهر مثلها لا ينقص عن مائة جنيه لأنه رضى بأدائها .

متى يكون الواجب أقل الأمرين المسمى ومهر المثل

واذا كانت التسمية صحيحة والعقد فاسدا والزوج دخل بزوجته دخولا حقيقيا ففى هـذه الحالة يكون المهر الواجب لهـا هو الأقل من المسـمى ومهر مثلها فان

---

(١) روى أصحاب السنن عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لهـا صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال : " لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط ولها الميراث وعليها العدّة " . فقام معقل بن سنان الأشجعى فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق مثل الذى قضيت ففرح بها ابن مسعود .

كان المسمى مائة ومهر مثلها مائتين فالواجب لها مائة لأنها رضيت بها ، وان كان المسمى مائة ومهر مثلها ثمانين فالواجب لهـا ثمانون لأن ما زاد عن مهر المثل انما يجب بالعقد الصحيح ولا يصح العقد الفاسد سببا لوجوبه .

ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبي الزوجة كأختها وعمتها و بنت عمها تساويها وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وأدبا وخلقا وعلما وبكارة أو ثيوبة وعدم ولد، فان لم توجد واحدة من قوم أبيها تساويها فى هذه الصفات ينظر الى مهر زوجة أجنبية تساويها فيها .

واذا اختلف الزوجان فى مقـدار مهر المثـل فادعى الزوج أنه خمسون جنيها وادعت الزوجة أنه سبعون جنيها، فان أقام أحدهما بينة قضى له ، وان لم توجد بينة فاليمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج، فان حلف أن مهر مثلها كما ادعى قضى له وان نكل قضى لها .

زيادة المهر والحط منه — بعد تمام عقد الزواج وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة يجوز للزوج اذا كان كامل الأهلية أن يزيد المهر الذى سمـاه فى العقد بأن يقول لها جعلت مهرك مائة وخمسين جنيها بدل مائة ، وهـذه الزيادة تلزمه وتعتبر ملحقة بالمهر وجزءا مكملا له بشروط ثلاثة : أن يكون معروفا قدرها ، وأن تقبلها الزوجة أو وليها فى المجلس، وأن تكون الزوجية قائمة . ويجوز للزوجة أيضا فى هذه الحالة اذا كانت كاملة الأهلية أن تحط عن زوجها برضاها وفى حال صحتها كل مهرها أو بعضه ان كان من النقود ، واذا كان مهرها من الأعيان لا من النقود يجوز لهـا أن تهبه له كله أو بعضه، وعلة هذا واضحة لأن الزوج الكامل الأهلية له أن يتصرف فى ماله كيف يشاء ويزيد فى مهر زوجته أية زيادة، وكذلك الزوجة الكاملة الأهلية أصبح مهرها بعد العقد خالص حقها فلها أن تتصرف فيه بالإبراء أو الهبة كما تشاء . ولأبى الصـغير أو جدّه أن يزيد فى مهر زوجة الصغير بعـد العقد من مال الصغير

ويكون حكم هذه الزيادة كحكم زيادة الزوج الكامل الأهلية وكذلك شروط لزومها، ولكن ليس لأبى الصغيرة أو جدّها أن يحط عن زوجها شيئا من مهرها بعد العقد[(١)] .

متى يتأكد وجوب المهر بتمـامه

قدّمنا أن المهـر يجب بمجرّد العقـد فى الزواج الصحيح ، و بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد .

فأما المهـر الواجب بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسـد فهو واجب وجوبا مؤكدا مستقرّا غير معرّض لأن يسقط كله أو نصفه بأى فرقة سواء كان هذا الواجب هو مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل من المسمى ومهر المثـل عند وجود تسمية صحيحة ، وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيقى بالزوجة قد استوفى المتعة بها فتقرّر وتأكد عليه مهرها كاملا ، فاذا افترقا من تلقاء نفسهما أو فرّق بينهما القضاء بعد الدخول الحقيقى فمهرها كاملا حق لها عليه .

وكذلك المهر الواجب بالدخول الحقيقى بنـاء على شبهة كما اذا زفت امرأة الى رجل وقيل له إنها زوجتك فدخل بها ثم تبين أنها ليست زوجته فان المهر الواجب لهـذه المرأة بسبب الدخول الحقيقى بها وهو مهر مثلها واجب لهـا بتمامه وجوبا مؤكدا مستقرّا لا يسقط كله أو نصفه بأى فرقة .

أما المهـر الواجب بمجرّد العقـد فى الزواج الصحيح فهو واجب وجوبا غير مستقرّ بل هو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه .

---

(١) وهذا التفريق موضع نظر وكان الظاهر أن يسوّى بين الأمرين فاما ن لا يجوز للأب أو الجدّ الزيادة فى مهر زوجة الصغير والحط من مهر الصغيرة لأن هـذا تبرع بمـال المولى عليـه وهو لا يملكه ، أو يجوز له الأمران لأنه فى ابتداء العقد يملك أن يزيد فى مهر زوجة الصغير وينقص من مهر الصغيرة لمصلحة يراها تفوق المـال فكذا بعـده لأنه لوفور شفقته لا يعمل إلا مافيه المصلحة ، فالتسوية فى الجواز أو المنع هو الظاهر وأما التفريق فلا يظهر له مبرر .

وانما يتأكد هذا الواجب بتمامه اذا دخل الزوج بزوجته حقيقة ، أواختلى بها خلوة صحيحة ،أو مات أحدهما قبل الدخول والخلوة، فاذا وجد بعد العقد الصحيح واحد من هـذه المؤكدات الثلاثة تأكد وجوب المهر لها بتمامه وصار حقا مستقرا للزوجة لا يسقط بأى فرقة من قبله أو من قبلها ، وذلك لأنه بالدخول الحقيق قد استوفى حقه فى المتعة فيتأكد للزوجة حقها فى المهر كاملا ، وبالخلوة الصحيحة قد مكنت الزوجة زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنعه أن يستوفى حقه ويستمتع بها ، فكونه مع ذلك لم يستوف حقه لا يمنع من تقرر حقها فى مهرها كاملا لأنها أسلمت نفسها وأتت ما وسعها وهو الذى اقتصر على الاستمتاع بالخلوة بهـا ، وقد قال الله تعالى: ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾، وبموت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة انتفى احتمال طروء فرقة من قبل الزوج تنصف المهر أو فرقة من قبلها تسقطه فتقرر الواجب بالعقد بتمامه ، فاذا كان الذى مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أوما بقى لهـا منه من تركته قبل قسمتها بين ورثته لأنه دين يبـدأ بسداده ، واذا كانت التى ماتت هى الزوجة أخذ ورثتها مهرها أوما بقى منـه من زوجها بعد خصم ما يخصه منه لأنه من ورثتها يستحق نصف تركتها أو ربعها .

والمراد بالخلوة الصحيحة أن يجتمع الزوجان منفردين فى مكان آمنين من اطلاع غيرهما عليهما بدون إذنهما وليس بأحدهما أى مانع حسى أو شرعى أو طبيعى يمنع من الجماع ، فاذا لم تتوافر هذه الشروط بأن اختليا فى مكان لا يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ، أواختليا وبهما أو بأحدهما مانع من الجمـاع شرعى كحيض أو صوم فرض ، أو طبيعى كوجود ثالث مميز ، أوحسى كصغر ومرض لا يستطاع معه الجماع فالخلوة فاسدة لا يتأكد بها وجوب المهر بتمامه .

وكما أن الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح تشارك الدخول الحقيق فى تأكيد وجوب المهر بتمامه : فهى تشاركه أيضا فى ايجاب العدّة عليها بعد الفرقة ، وفى الآثار

المترتبة على العـدّة من وجوب النفقة ، وحرمة الجمع بينها وبين محرم لهـا ، وحرمة زواج أربع سواها مادامت فى العدّة، وفى ثبوت النسب .

ويختلفان فى الإحصان . فالدخول الحقيقى يحصن الرجل حتى اذا زنى بعـده رجم ، والخلوة الصحيحة لا تحصنه حتى اذا زنى بعدها جلد .

وفى حرمة البنات ، فالدخول الحقيقى بالأم يحـرم بنتها على الزوج الذى دخل بها، وأما مجرّد خلوته الصحيحة بها فلا يحرم عليه بنتها .

وفى حل المرأة لمطلقها ثلاثا، فاذا تزوجت المطلقة ثلاثا بآخر واختلى بها فقط خلوة صحيحة لا تحل لمطلقها الأوّل حتى يدخل بها الثانى دخولا حقيقيا .

وفى الرجعة ، فالطلاق بعـد الدخول الحقيقى رجعى وبعد الخلوة الصحيحة بائن . وكذلك الدخول الحقيقى بالمطلقة رجعيا يعتبر مراجعـة ولكن الخلوة الصحيحة بها لا تعتبر مراجعة .

وفى الميراث ، فلو طلقت بعد الدخول الحقيقى ثم مات وهى فى العدّة ترثه لأن طلاقهـا رجعى، ولكن لو طلقت بعـد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العـدّة لا ترثه لأنها بائنة منه .

والخلوتان الفاسـدة والصحيحة فى الزواج الصحيح تشتركان فى ايجاب العـدّة بعد الفرقة احتياطا فى المحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها .

ففى الزواج الصحيح الخـلوة الصحيحة تشارك الدخـول الحقيقى فى بعض الأحكام وتخالفه فى بعضها . وتشارك الخلوة الفاسدة فيـه كذلك فى ايجاب العدّة .

وأما فى الزواج الفاسد فالخلوة مطلقا سواء كانت صحيحة أو فاسدة لا توجب المهر بتمامه، لأن الشأن أن فساد الزواج يكون مانعـا لهما من الجماع فلا تعتبر الخلوة تمكينا من الاستمتاع ولا مظنة له .

متى يجب للزوجة نصف المهر

اذا سمى فى عقـد الزواج الصحيح مهر تسمية صحيحة ثم انحلّت عقدة الزوجية قبـل الدخول أو الخلوة الصحيحه بسبب من قبـل الزوج وجب للزوجة نصف مهرها فقط سواء كان سبب الفرقة الذى من قبله تطليقا أو فسخا بغير اختياره نفسه عند البلوغ — والدليل على هذا قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ .

دلت هـذه الآية على أن الزوجة التى طلقها زوجها قبل أن يمسها أى قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكما وكان قد فرض لها مهرا فالواجب المستحق لها عليه نصف مافرض لها ، فان كانت لم تقبض مهرها فلها مطالبـة زوجها بعـد الطلاق بنصفه إلا أن تعفو وتتنازل عن مطالبته، وان كانت قبضته فلزوجها الذى بيده عقدة النكاح مطالبتها بعـد الطلاق بأن ترد اليه نصفه إلا أن يعفو و يتنازل عن مطالبتها بـــردّه .

ومثل المطلقة فى هذا الحكم كل من فارقها زوجها قبل الدخول بها بسبب من قبله كما اذا ارتد عن الاسلام زوج المسلمة، أو أبى الزوج غير المسلم أن يسلم بعد أن أسلمت زوجته . وأما فسخه بخيار البلوغ فهو فسخ للعقد من أصله فلا يجب عليه شىء ما دام لم يدخل بمن عقد عليها . لاحقيقة ولاحكما لأن العقد اذا انفسخ يجعل كأن لم يكن .

والحكمة فى ايجـاب نصف المهر فى هـذه الحال أن لهـا وجهتين من النظر مختلفتين، فلو نظرنا من وجهة أن الزوج بالفرقة قبـل الدخول حقيقة أو حكما لم يستمتع بزوجتـه أى نوع من الاستمتاع ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجيـة وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد ينتج أن الزوج لا يجب عليه شىء من المهر، ولو نظرنا من وجهة أن الزوجة بالعقد ملكت زوجها حق المتعة بها ولم تمنعه

أن يستوفى حقه وهو الذى فوت ملكه مختارا بهذه الفرقة الآتية من قبـله ينتج أن عليـه المهر كله ، فالشارع الحكيم وفق بين الوجهتين وراعى الجانبين وأوجب على الزوج فى هـذه الحال نصف المهر المسمى فلم يفوت على الزوجة كل حقها ولم يلزم الزوج بكل ما وجب بالعقد[1] .

والمتبادر من قوله سبحانه وتعـالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ أن الذى ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما هو المهر الذى فرض حين العقد فرضا صحيحا لأن هذا هو الذى يفهم من اطلاق « مَا فَرَضْـــتُمْ »[2] .

فاذا لم يكن فُرض حين العقـد مهر فرضا صحيحا بأن سُكت عن تسمية المهر أصـلا ، أو نفى ، أو سمى تسمية غير صحيحة ففى هـذه الأحوال الثلاثة التى يكون الواجب فيها مهر المثل لوفارق الزوج زوجته قبل الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب من قبله لا يجب لها نصف المهر لأن الذى ينصف هو ما فرض فى العقـد فرضا صحيحا ، والواجب لها فى هذه الأحوال المتعة كما سيجىء .

وكذلك الزيادة التى تزاد على المهر بعد العقد سـواء زادها الزوج ان كان كامل الأهلية أو أبوه أو جدّه ان كان فاقدها أو ناقصها لا يجب للزوجة نصفها بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما بل تسقط عن الزوج لأن الذى ينصف هو ما فرض فى العقد وهذه زيدت بعده .

وكذلك المهر الذى يفرض للمفوضة بعد العقد بتراضى الزوجين لا ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما لأنه فرض بعد العقد .

---

(١) الحقيقة أن الزوجة بالعقد استحقت المهر ، والطلاق قبل الدخول فوّت عليها نصف ما استحقته مراعاة لمصلحة الزوج فليس النصـف الذى تأخذه تعويضا وانما هو بعض حقها والطلاق فوّت عليها بعضه الآخر .

(٢) ولو سمى أقل من عشرة دراهم ثم طلقها قبل الدخول وجبت لهـا خمسه دراهم لأننا لما لم نعتـبر تسمية الأقل من العشرة جعل كأنه سمى العشرة ، فبالفرقة قبل الدخول يجب عليه نصفها وهو خمسة .

وهـذا هو الجارى عليـه العمل وهو مذهب الطـرفين ومذهب أبى يوسف الأخير، وكان رأيه أوّلا أن الزيادة التى تزاد على المهـر بعد العقـد متى استوفت شروط لزومها واعتبرت مكملة للمهر تنصف بالطلاق قبل الدخول كما ينصف أصل المهر . وكذلك ما فرض للمفوّضـة بعد العقـد لأنه صار فرضها وكأنه فرض حين العقد، ولكن القول المفتى به يستند الى اطلاق قوله تعالى : ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ولا يتسارع الى الذهن عند الإطلاق إلا الفرض حين العقد فرضا صحيحا .

واذا كان المهر لم تقبضه الزوجة ولا يزال فى ذمة الزوج أو تحت يده فبمجرّد وقوع الفرقة من قبـله قبل الدخول حقيقة أو حكما يصير نصفه ملكا له يتصرف فيه كيف يشاء بحيث لو كان المهر عشرة أفدنة وطلقها قبل الدخول بهـا وقبل أن يسلمها لهـا فبمجرّد الطلاق يكون له الحق أن يتصرف فى خمسة منها بالبيع والهبة وسائر تصرفات المـالك فى ملكه بدون توقف على قضاء له بها ، وأما اذا كان المهر قد قبضته الزوجة فلا يصير نصفه ملكا للزوج بمجرّد الطلاق قبل الدخول وانمـا يصير ملكا له اذا ردّته اليـه بالتراضى أو قضى له به القـاضى بحيث لو تصرف فيه قبل القضاء له به أو قبـل رده اليه بالرضا لا ينفذ تصرفه شأن تصرف الانسان فيما لا يملكه .

والفرق بين الحالين أن المهر المستحق للزوجة بالعقـد اذا قبضته تقوى ملكها فيه فلا يزول ملكها عن نصفه و يعود الى ملك مطلقها بمجرّد وقوع الفرقة، بل لا بد من أن تردّه اليـه برضاها أو يقضى له به القضاء ، وأما اذا لم تقبضه فملكها فيه لم يقو فبمجرّد الفرقة يزول ملكها عن نصفه و يعود الى ملك مطلقها .

واذا نمـا المهر وهو فى يد الزوج بأن كان أوراقا مالية فربحت، أو كان بقرات عجافا فسمنت أو ولدت فبالفرقة قبـل الدخول حقيقة أو حكما يكون هـذا النماء لهما لأنه نماء ملكهما المشترك لكن اذا كانت الزيادة التى زيدت فيه ليست نماء له

ولا متولدة منه كالبناء فهو لمن زاده ، وكذلك الحكم اذا نما وهو فى يد الزوجة وقد قضى بعد الفرقة بنصفه لمطلقها .

وأما اذا كان نماؤه وهو فى يد الزوجة قبل القضاء له بنصفه فالنماء كله لها لأنه نماء ملكها خاصة ما دام لم يصدر حكم بنصفه للزوج، واذا كانت زيادة غير متولدة كالبناء فهى لها أيضا اذ الظاهر أنها هى التى زادتها وهو فى يدها .

متى تجب للزوجـــة المتعـــة

فى الحالات الثلاثة التى يجب فيها مهر المثل وهى ما اذا لم يسم فى عقد الزواج الصحيح مهر، أو نفى، أوسمى تسمية غير صحيحة اذا طلق الزوج زوجته أو فارقها بأى سبب من قبله قبـل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لهـا المتعة ، وكذلك اذا تراضى مع المفوضة على فرض مهر لهـا بعد العقد ثم طلقها أو فارقها بأى سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لها المتعة .

والدليل على هذا قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَالَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْتَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ومتعوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وعلى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ أى لاتبعة عليكم من إيجاب مهر أو نصفه إن طلقتم النساء فى حين أنكم لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضـة ومتعوهن ، والحكمة فى ايجابهـا أن الزوجة تستحق حقا ماليا بعـد ما لحقها من الضرر بهذه الفرقة التى ليست من قبلها وليس فى العقد مهر مفروض حتى يفرض لها نصفه فأوجب الشارع لها المتعة حقا لها .

والمراد بالمتعة ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لهـا عن إيحاشها بهذه الفرقة من الثياب التى تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أوأى عوض، ولذا قال الفقهاء المتعـة الثياب التى تكسى بها المرأة عنـد الخروج حسب عرف بلدها وليس معنى قولهم أن المتعة لا تكون إلا بهذا ، بل كما تكون بالكسوة تكون بقيمتها أو ما يعادلهـا .

و يراعى فى تقدير المتعة حال الزوج المـالية يسارا و إعسارا وتوسطا فتجب متعة الموسر أو المعسر لقوله تعالى : ﴿ ومتّعوهنّ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُه وعلَى المُقْتِرِ قَدَرُه ﴾، وقيل يراعى فى تقديرها حال الزوجة فقط لأنها قائمة مقام نصف مهر مثلها، ومهر مثلها يراعى فيــه حالها فكذلك ما قام مقامه، وقيل يراعى فى تقديرها حالهما معا حتى لايسوى بين الرفيعــة والوضيعة ولا يرهق الفقير اذا كانت مطلقته غنيــة ، والقول الأوّل هو الراجح لأنه صريح قول الله تعالى: ﴿ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُه وعلَى المُقْتِرِ قَدَرُه ﴾.

وعلى كل حال يشترط أن لا تزيد المتعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنه أقل نصف المهر شرعا .

متى يسقط المهر ولا يجب للزوجة منه شىء

اذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما وكان سبب الفرقة آتيـا من قبلها سقط مهرها ولا حق لها فى شىء منه، فان كانت لم تقبضه فليس لها مطالبة الزوج به، وان كانت قبضته فعليها ردّه وذلك كما اذا اختارت نفسها عند البلوغ فى الحال التى لها فيها خيار الفسخ، أو ارتدّت عن الاسلام، فلا تستحق شيئا من مهرها لأنها هى التى فوّتت على الزوج حقه وحالت بينــه و بين المتعــة ، ولأنها بإقدامها على سبب الفرقة مع علمها بأنه لم يوجد مايؤكد لها مهرها تعتبر كأنها متنازلة عنه ، و باختيارها الفسخ بالبلوغ نقضت العقد من أصله فلا يستحق لهـا شىء، وكذلك اذا كان سبب الفرقة آتيـا من قبل ولىّ الزوجة كما اذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج قبل الدخول بناء على طلب الولى أو فسخ بناء على طلبه لنقصان المهر عن مهر المثل فتعتبر هذه فرقة من قبل الزوجة لأن وليها من قبلها .

اقتران المهــر بشرط

اذا سمى المهر مطلقا غير مقترن بشرط لأحد الزوجين أو محارمهما كان الواجب هو المسمى على ما بينا .

أما اذا سمى المهر وقرن به شرط فهذا له أحوال ثلاثة :

(الأولى) أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أقل من مهر مثلها ويشترط لها على نفسه فى نظير ذلك شرطا فيه منفعة ، مباحة شرعا ، مقصودة لهـا ، يتوقف تحققها على فعله ، سـواء كانت المنفعة لشخصها أو لقريبها المحرم ، كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها ثمانين على أن لا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها أو أن يطلق ضرتها .

ففى هـذه الحالة يعتبر المهـر الذى رضيت به الزوجة مجموع الأمرين القـدر المسمى والمنفعة المشروطة فاذا وفى الزوج بالشرط فلهـا المسمى الذى تراضيا به ، وان لم يوف بالشرط تستحق مهر مثلها لا المسمى لأن هذا المسمى لم ترض به مع نقصه عن مهر مثلها إلا مع تحقيق المنفعة المشروطة لهـا ، فاذا فاتت المنفعة فات رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلى لكل زواج لم يتراض فيه على تسمية وهو مهر المثل لأن المنفعة كانت عوضا لها عن الفرق بين المسمى ومهر مثلها .

ولهذا اذا كان المسمى لا ينقص عن مهر مثلها فلا أثر للاخلال بهذا الشرط ، كما لا يكون أثر للاخلال به اذا كان المشروط مضرة لا منفعة ، كأن يتزوج عليها ، أو منفعة غير مبـاحة شرعا كأن يسقيها خمـرا ، أو منفعة لأجنبى منها ، ففى هـذه الحالات يكون الواجب هو المسمى ، فالمراد أن تكون المنفعة المشروطة مباحة مقصودة يستحق بفواتها العوض وهو الفرق بين المسمى ومهر المثل .

(الثانية) أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أكثر من مهر مثلها ويشترط لنفسه عليها فى نظير ذلك شرطا فيه منفعة له كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها مائة وخمسين على أن تكون عذراء أو سليمة من الأمراض أو بيضاء، ففى هذه الحالة اذا تحقق المشروط للزوج فعليه المسمى وان لم يتحقق فليس عليه الا مهر مثلها لأنه انما رضى بالزيادة على مهر مثلها فى مقابلة هـذا الوصف الذى يرغب فيه فاذا فات ما يرغب فيه فات رضاه بما زاد عن مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل .

هذا اذا كان فى عبارة العاقدين ما يفيد أنهما تراضيا على جعل المنفعة المشروطة لهـا فى مقابل النقص عن مهر مثلها فى الحالة الأولى وجعل الوصف المرغوب فيه منه فى مقابل الزيادة على مهر مثلها فى الحال الثانية ، وأما اذا شرط أحد الزوجين فى العقد شرطا فيـه منفعة له ولم تجعل هذه المنفعة فى مقابل نقص عن مهر المثل أو زيادة عليه بل كان اشتراطها للرضا بالزواج نفسه لا بمقـدار المهر المسمى فيـه فمذهب الحنفيـة أنه لا أثر لهـذا الاشتراط ولا يترتب على الاخلال به شىء ، لأن الزواج فى مذهبهم لا يدخله خيار شرط ولا رؤية ولا عيب (١) .

ومذهب الامام أحمـد بن حنبل أنه اذا شرط أحد الزوجين شرطا فيـه نفع مقصود له وفات الشرط فللمشروط له خيـار الفسخ لأنه ما رضى بالزوجية إلا على هـذا الشرط ولا يسقط حقه فى الفسخ إلا اذا أسقطه أو رضى بمخالفـة الشرط ، ودليله أن الرضا بالزواج انما تم على هذا الشرط فاذا فات الشرط فات الرضا فيثبت الخيار، ولأن الحديث الصحيح صريح فى أن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحلت به المتعة بالزوجات .

(الثالثة) أن يسمى الزوج لزوجته مهرا على شرط ومهرا آخر على شرط آخر كأن يتزوجها على مائة إن كانت سليمة من الأمراض وعلى خمسين إن كانت غير سليمة .

فعلى قول الصاحبين التسميتان صحيحتان فإن كانت سليمة فلها المـائة وان كانت غير سليمة فلها الخمسون، ووجه هذا ظاهر لأنهما تم تراضيهما عليه .

وعلى قول زفر التسميتان غير صحيحتين لأن المسمى مردّد بين شيئين والترديد مورث للجهالة وتسمية المجهول غير صحيحة، فالواجب لها مهر مثلها لا يزيد على مائة لأنها رضيت بها ولا ينقص عن خمسين لأنه رضى بها .

---

(١) فيتنبه للفرق بين اقتران عقد الزواج بشرط و بين اقتران تسمية المهر فيه بشرط ، ففى الأول الرضا بالزواج نفسه مشروط بهـذا الشرط ، وفى الثانى الرضا بالمسمى مشروط بهذا الشرط ، وأما الزواج فغير مشروط به .

وعلى قول أبى حنيفة المسمى الأول على التقدير الأول صحيح، فإن تحقق أول الشرطين وجب المسمى له . وأما الثـانى فغير صحيح لأنه ورد بعد الأول الذى صح فلم يصادف محلا، فان تحقق الشرط الثانى بأن تبين أنها غير سليمة فى المثال المذكور فالواجب لها مهر المثل لا يزيد عن مائة . والراجح قول الصاحبين (١) .

قبض المهر وتصرف الزوجة فيه

قدّمنا أن المهر بعد العقد يصير حقا خالصا للزوجة، فان كانت كاملة الأهليـة غير محجور عليها للسـفه فهى التى تقبضه بنفسها أو بمن توكله عنها فى قبض مهرها سـواء أكانت بكرا أم ثيبا ويراعى أن توكيل الثيب لأبيها أو جدها فى قبض مهرها لا بد أن يكون بتصريحها . وأما البكر فيكون توكيلها بتصريحها وبسكوتها عن نهيه أن يقبض لأن العادة جارية بأن ولى البكر هو الذى يقبض مهرها ويتولى تجهيزها فيكون سكوتها رضا بقبضـه جريا على العرف . وأما الثيب فالمتعارف أنهـا تباشر شؤونها بنفسها فلا بد من إذنها له بالقبض بصريح القول أو الفعل .

وان كانت غير كاملة الأهلية فالذى يقيض مهرها هو ولى مالها .

والولىّ المـالىّ هو واحد من ستة على هذا الترتيب : الأب ثم وصيه ثم الجدّ ثم وصيه ثم القاضى ووصيه، وكل من الأب والجدّ له الولاية على نفس الصغيرة ومالها فله تزويجها وله قبض مهرها . ومن عدا الأب والجـدّ من الأقارب له الولاية على نفس الصغيرة فقط فله تزويجها وليس له قبض مهرها إلا اذا كان مقاما وصيا عليها . والوصى له الولاية على مال الصغيرة فقط فله قبض مهرها وليس له تزويجها إلا اذا كان قريبا لها ولا يوجد أقرب منـه، فمن له الولاية على النفس والمـال معا

---

(١) قال فى الدر : لو تزوّجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة يصح الشرطان بالاتفاق بين الامام وصاحبيه، ووجهه عند الامام أن الجهالة هنا غير فاحشة لأنها وقت الشرط على صفة واحدة من الجمال أو القبح وجهل الزوج بصفتها لا يوجب خطرا . وفى هذا نظر .

يملك التزويج وقبض المهر . ومن له الولاية على أحدهما فقط لا يتعدّاه الى الآخر. فاذا قبضت الكبيرة العاقلة مهرها بنفسها أو بوكيلها برئت ذمة الزوج منه . واذا قبض مهر الصغيرة واحد ممن لهم الولاية على مالها فقبضه معتبر وتبرأ به ذمة الزوج ، وليس للصغيرة بعد بلوغها أن تطالب زوجها بشيء منه وشأنها مع وليها . واذا قبضه واحد ممن ليست لهم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ولا تبرأ به ذمة الزوج ، فللزوجة بعد بلوغها أن تطالب زوجها به وهو يرجع على من أقبضه إياه . كما اذا قبض مهر الكبيرة أحد بدون توكيل منها .

وبما أن المهر يصير بعد العقد خالص حق الزوجة فلها أن تتصرف فيه بكل التصرفات الجائزة لها شرعا شأن كل مالك فى ملكه فلها أن تشترى به وتبيعه وتهبه لأجنبي أو لزوجها . وليس لأحد أن يجبرها على فوات شيء منه لزوجها أو لغيره ولو كان أباها أو أمها . واذا ماتت قبل أن تستوفيه كان تركة لها يستوفيه ورثتها مع مراعاة أن زوجها من ضمن ورثتها كما تقدّم .

واذا كان المهر من الأعيان التى تتعين بالتعيين كعشرة فدادين محدودة ووهبتها الزوجة لزوجها أو وهبت له نصفها ثم طلقها قبل الدخول بها حقيقة أو حكما فسواء كانت هبتها له بعد القبض أو قبله ليس له مطالبتها بشيء لأنه بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما يستحق خمسة فدادين من هذه العشرة وقد عاد له عين ما يستحقه وان كان عوده من طريق الهبة .

وكذلك اذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كمائة جنيه أو عشرة أرادب قمح هندى أو عشرة قناطير قطن أشمونى وقبل أن تقبضه وهبته له أو وهبت له نصفه ثم طلقها قبل الدخول حقيقة أو حكما فليس له مطالبتها بشيء لأنه بالطلاق قبل الدخول وقبل تسليمها المهر يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد برئت ذمته منه فقد استوفى حقه . وأما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين كمائة جنيه وقبضته ثم وهبته له

فطلقها قبل الدخول فانه يطالبها برد نصف المهر اليه لأن المـائة التى أخذها بالهبة ليست هى التى أعطاها إياها مهرا فكأنها وهبته أىّ مائة .

فالأصـل أنه اذا عاد للزوج بالهبة من زوجته عين ما يستحقه بالطلاق قبـل الدخول لا يطالب الزوجة بشىء . ولا عبرة بكونه عاد اليـه من طريق الهبة وهو استحقه من طريق الطلاق قبل الدخول لأن اختلاف الطريق لا يضر ما دام عين الحق قد وصل .

فلو كانت إعادته اليه لا بطريق الهبة بأن باعته له فهـذا لا يؤثر فى استحقاقه نصف المهر على أى حال لأن الذى يسقط حقه فى مطالبتها هو عود عين حقه اليه بغير عوض .

ضمـان المهـــر

بمـا أن المهر يكون بالعقـد الصحيح دينا للزوجة فى ذمة زوجها ان كان من النقود أو المثليات، وفى ضمانه ان كان من الأعيان القيمية فلها أن تستوثق لاستيفائه بأخذ رهن منـه تكون أحق به حتى تستوفى مهرها . أو بأخذ كفيل يضمن لهـا مهرها، ولا فرق بين أن يكون الزوج صغيرا أو كبيرا و بين أن يكون الكفيل أجنبيا أو ولى أحد الزوجين .

ولهـذا جعل فى وثيقة الزواج الرسمية فى مصر سطر خاص بالكفالة ليدوّن فيه هل كفل أحدَ الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما أو لم يتعرض لها .

وبمـا أن الكفالة عقد فهى كسائر العقود تتم بالايجـاب والقبول، فاذا كفل الزوجَ أبوه فى مهر زوجته فلا بد لصحة الكفالة ونفاذها من أن تقبلها الزوجة فى مجلس إيجابها ان كانت كبيرة عاقلة أو يقبلها عنها وليهـا ان كانت صغيرة ليست أهلا للقبول . واذا كفل أبو الزوجة الصغيرة مهرها لها قامت عبارته مقـام إيجابه وقبولها لمـا له من الولاية عليها .

وبما أن الكفالة من التبرعات[1] لأنها التزام الكفيل بأن يطالب مع الأصيل بدين على الأصيل لا عليه ..والتبرعات فى حالة صحة المتبرع نافذة أيا كان الشخص المتبَّرع له ومهما بلغ مقدار المتبرع به . وفى حال مرض الموت حكمها حكم الوصية فان كان المتبَّرع له وارثا توقف نفاذ التبرع على إجازة سائر الورثة . وان كان غير وارث نفذ التبرع فيما يعادل ثلث تركة المتبَّرع وتوقف فيما زاد على إجازة سائر الورثة .

بناء على هذا اذا كفل الزوجَ أبوه فى مهر زوجته فهو متبرع لابنه بالكفالة بهذا المهر، واذا كفل أبو الزوجة مهرها لها فهو متبرع لبنته بها، فاذا كان الكفيل منهما فى حال صحته فكفالته صحيحة نافذة غير متوقفة على إجازة أحد، وإذا كان فى مرض موته فكفالته فى حكم الوصية والمتبَّرع له وارث وهو ابنه المكفول عنه فى الصورة الأولى و بنته المكفول لها فى الصورة الثانية، ولهذا يتوقف نفاذ الكفالة فى الصورتين على إجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة المهر المكفول .

وأما اذا كان الكفيل أجنبيا من المكفول له أو المكفول عنه، فان كان فى حال صحته فكفالته نافذة، وان كان فى مرض موته فكفالته نافذة فيما لا يتجاوز ثلث تركته وتتوقف على إجازة ورثته فيما زاد عنه .

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل، فاذا أدّى الأصيل وهو الزوج فقد برئت ذمته، واذا أدّى الكفيل رجع بما أدّاه على الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره و إذنه، والا فلا رجوع له على الأصيل .

واذا كان الكفيل أبا الزوج والزوج كبير فهو على هذا الأصل العام إن ضمنه باذنه رجع عليه بما أدّاه و إلا فلا رجوع، أما اذا كفل الأب ابنه الصغير الفقير فليس له الرجوع عليه بالمهر الذى أدّاه عنه إلا اذا أشهد عند أدائه أنه أدّاه ليرجع

---

(١) اذا كانت الكفالة بغير أمر المدين و إذنه تكون تبرعا ابتداء وانتهاء، واذا كانت باذنه تكون تبرعا ابتداء فقط .

به عليه، وذلك لأن العادة جارية بأن الآباء يدفعون مهر أبنائهم الفقراء فهى قرينة على أن الأب متبرع بمـا ضمن فاذا أراد خلاف المعتاد فلا بد أن يشهد على ذلك ، ولو مات أبو الصغير الفقير قبـل أن يدفع المهر الذى ضمنه لزوجته فللزوجة أخذه من تركته ولباقى الورثة الرجوع به فى نصيب الصغير من ميراث أبيه .

واذا لم يكفل الأب ابنه الصغير فى مهره فليس للزوجة مطالبة الأب به لأنه ليس مدينا ولا كفيلا، لكن اذا كان الصغير غنيا فللزوجة مطالبه أبيه بأن يدفع لها مهرها من مال الصغير المشمول بولايته ولو لم يضمن .

هلاك المهر، واستهلاكه، واستحقاقه(١)

اذا قبضت الزوجة مهرها وهلك فى يدها فهو ملكها وهلاكه عليهـا لا ترجع على الزوج بشىء وكذلك اذا استهلكتـه هى أو استهلكه غيرها كان ضمـانه على من استهلكه .

وأما اذا هلك فى يد الزوج قبل أن تقبضه منه فهو ضامن لمثله أو قيمته سواء هلك من نفسه أو بفعل الزوج إلا اذا كان هلاكه بعمل من الزوجة فانها باستهلاكه تعتبر مستوفية له، واذا كان هلاكه بفعل أجنبي فضمانه على من استهلكه، والزوجة بالخيار ان شاءت ضمنت هذا المستهلك وإن شاءت ضمنت زوجها وهو يرجع على المستهلك بمـا أدّاه .

وأما اذا استحق المهر بأن تبين أن المنزل المسمى مهـرا ليس ملكا للزوج بل هو ملك غيره فسواء أكان ثبوت استحقاقه قبـل القبض أو بعـده فالزوج ضامن لمثله أو قيمته .

---

(١) المهر اذا كان ممـا لا يتعين بالتعيين فانه بمجرّد العقد الصحيح يثبت دينا للزوجة فى ذمة الزوج، واذا كان ممـا يتعين بالتعيين يكون بمجرّد العقد الصحيح ملكا للزوجة وفى ضمان الزوج مابقى فى يده، فأداء المهر فى الحال الأولى يبرئ ذمة الزوج منه ، وأداؤه فى الحال الثانية يبرئه من ضمانه .

واذا استحق بعضه كثلثه أو نصفه وكان المهر من المثليات أخذت الزوجة الباقى ورجعت على الزوج بمثل المستحق، وان كان من القيميات كمنزل مثلا خيرت الزوجة بين أن تأخذ الباقى وقيمة المستحق من الزوج وتصير شريكة مع المستحق وبين أن تأخذ قيمة المسمى كله وتترك للزوج الباقى منه ليكون هو شريك المستحق، لأنها لا تجبر على شركة فى مهرها قد لا ترضاها .

قضايا المهر

قضايا المهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما ليست محصورة فى مسائل معينة فقد يكون النزاع فى أن المهر المستحق بالطلاق كل المسمى أو نصفه ، وقد يكون النزاع فى مقدار مهر المثل ما هو ، وقد يكون النزاع فى أن صيغة الكفالة المدوّنة بالعقد تتناول المهر أو لا تتناوله ، الى غير ذلك من صور المنازعات، ولكن فقهاء الحنفية اقتصروا فى هذا البحث على ذكر قضايا أربع :

(الأولى) اذا ادّعت الزوجة بعد الدخول بها حقيقة أن مهرها جميعه باق فى ذمة زوجها وأنها لم تقبض شيئا من مقدّم صداقها والزوج ينكر ذلك لا تسمع هذه الدعوى لأنها دعوى يكذبها الظاهر إذ الغالب أن الزوجة لا تزف الى زوجها إلا بعد قبض مقدّم صداقها أو شىء منه .

فان ادّعت أنه باق لها بذمته بعض المقدّم لا كله تسمع دعواها ، وإن دفعها الزوج بأنه أوفاها جميع المقدّم فعليه اثبات ما دفع به . والمرجع فى أن الظاهر يكذب دعواها أو لا يكذبها الى العرف .

(الثانية) اذا ادّعى أحد الزوجين أنه سمى فى العقد مهر تسمية صحيحة ، وأنكر الآخر حصول تسمية فالبينة على من ادّعى التسمية واليمين على من أنكرها ، فان أقام المدعى البينة قضى بالمسمى الذى ادّعاه، وان عجز عن اقامة البينة وطلب تحليف

المنكر وجهت اليــه اليمين، فان نكل عن الحلف حكم عليه بسبب نكوله لأنه بمثابة اعتراف منــه بدعوى المدّعى، وان حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدّعى و يكون الواجب حينئذ مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلى لكل زواج لم يثبت حصول تسمية للمهر فيه على أن لا ينقص مهر المثل الواجب عما ادّعاه الزوج ان كان هو مدّعى التسمية ولا يزيد على ما ادّعته الزوجة ان كانت هى مدّعية التسمية، لأن ادّعاء واحد منهما مسمى معينا يعدّ رضا منه به، فالزوج راض بأن يزيد مهر المثل الى ما ادّعاه، والزوجة راضية بأن ينقص الى ما ادّعته .

وظاهر أنه انما يكون الواجب مهر المثل اذا كان هذا النزاع فى حالة تستحق فيها الزوجة المهر بتمامه بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يؤكد وجوب المهر بتمامه من دخول حقيقى، أو حكمى .

وأما اذا كان النزاع بعد الفرقة وقبل وجود واحد من مؤكدات وجوب المهر بتمامه فانه اذا حلف المنكر ترفض الدعوى ويكون الواجب المتعة لأنها هى التى تقوم مقام نصف مهر المثل على أن لا تنقص عن نصف ما سماه الزوج ان كان هو المدعى ولا تزيد على نصف ما سمته الزوجة ان كانت هى المدّعية .

هــذا اذا كان النزاع فى أصل التسمية بين الزوجين أنفسهما ومثله ما اذا كان النزاع بين أحدهمــا وورثة الآخر، أو بين ورثتهما . وهــذا قول الصاحبين وبه يفتى . وخالفهما الامام فيما اذا كان النزاع بين ورثتهما وطال العهد بموت الزوجين وموت أقرانهما فقال إنه فى هذه الحال لا يمكن معرفة مهر المثل حتى نوجبه وعلى قوله هــذا اذا حلف المنكر ترفض دعوى المدّعى ولا يقضى بشىء لا بالمسمى لعدم ثبوته ولا بمهر المثل لعدم معرفته، فان لم يتقادم عهد موتهما وأمكن معرفة مهر المثل فالامام وصاحباه متفقون على وجوبه بعد الحلف .

مثال

(الثالثـــة) اذا اختلف الزوجان فى قدر المسمى بأن ادّعت الزوجة أن المهر المسمى مائة جنيه وادّعى الزوج أنه ثمـانون فقال أبو يوسف : إن الزوجة تدّعى الزيادة والزوج ينكرها، فان أقامت البينة على ماادّعت قضى لها به، وان عجزت عن البينة وطلبت تحليف الزوج وجهت اليه اليمين فان نكل قضى بما ادّعته وان حلف قضى بالقـدر الذى ذكره هو الا أن يكون قدرا أقل من مهـر مثلها بحيث يستنكر عادة أن يسمى لمثلها فيحكم مهر المثل .

وقال الطرفان : إن كل واحد منهما مدع ومنكر فالزوج يدعى أن مهرها ثمانون وينكر دعواها فى زيادة العشرين وهى تدّعى عليـه بالعشرين وتنـكر أن له الحق فى إدخالها فى طاعته حتى تتسلمها .

واذا كان كل منهما مدعيا فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له ، وإن أقاما بينتين فان كان مهر المثل يشهد لاحدى البينتين كانت مرجوحة والبينـة الأخرى التى لا يشهد لها مهر المثل راجحة .

ففى المثـال المذكور اذا أقام الزوج بينـة على أن المسمى ثمانون وأقامت هى بينة على أنه مائة فان كان مهر مثلها ثمانين أو ستين أو أقل رجحت بينتها هى وقضى لها بالمـائة وان كان مهـر مثلها مائة أو مائة وعشرين أو أكثر رجحت بينتـه هو وقضى بالثمانين .

وقالوا فى تعليل هذا إن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر هنا مهر المثل فالبينة التى تخالفه راجحة (١) .

---

(١) وفى هذا التعليل نظر لأن كون البينات شرعت أصلا لاثبات خلاف الظاهر لا يقتضى أن وجود قرائن وشواهد تعضدها يجعلها مرجوحة ويجعـل الأخرى التى تكذبها القرائن والشواهد راجحـة مع أن الظاهر قد يكون وحده شهادة فكيف اذا أيد بينة يضعفها .

واذا كان مهر المثل لا يشهد لاحدى البينتين بأن كان تسعين فى المثال المذكور أى أكثر مما قال وأقل مما قالت فلا مرجح لاحدى البينتين المتعارضتين فتسقطان ويقضى بمهر المثل .

وان لم يكن لأحدهما بينة فالقول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه، فان شهد للزوج وجهت اليه اليمين بطلبها ،وان شهد للزوجة وجهت اليها اليمين بطلبه ،فمن نكل قضى عليه بما ادعاه خصمه، ومن حلف قضى له بما ادعاه . وان كان مهر المثل لايشهد لواحد منهما تحالفا أى وجهت اليمين الى كل منهما ليحلف على نفى دعوى صاحبه، فان حلفا جميعا قضى بمهر المثـل، وان نكل أحدهما قضى عليه بمـا ادعاه خصمه، ويبدأ بتحليف الزوج .

والعمل فى المحاكم الشرعية المصرية بمذهب أبى يوسف فقـد جاء فى المـادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه :

" اذا اختلف الزوجان فى مقـدار المهر فالبينة على الزوجة ، فان عجـزت كان القول للزوج بيمينه إلا اذا ادّعى ما لا يصح أن يكون مهـرا لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما " والأخذ بقول أبى يوسف فى هذا أعْدل وتطبيقه قضاء أيسر لأن تحكيم مهر المثل وترجيح البينة التى لا يشهد لها قد يكون متعذرا فى بعض الحالات .

(الرابعـــة) اذا أعطى الخـاطب مخطوبتـه أو أعطى الزوج زوجتـه قبل الدخول بها أو بعده شيئا من النقود أو الحلى أو الثياب أو الطعام أو غيرها ولم يعين وقت إعطائه أنه هدية أو من المهر، ثم اختلفـا فادّعت هى أنه هدية وادّعى هـو أنه من المهر، فان أقام أحدهما بينـة على ما ادعاه قضى له وان أقاماها جميعا رجحت بينتها لأنهـا تثبت خلاف الظاهر اذ الظاهر أن المعطى أعطى ليـؤدّى الواجب عليـه ، فان الانسان يعمل أوّلا على تخليص ذمته ممـا عليـه ثم يهدى

ويتبرع، وان عجزا عن اقامة البينة فالقول لمن يشهد له العرف بيمينه ، فان كان العرف جاريا بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول فيه للمرأة بيمينها ، وان كان لم يتعارف بأنه هدية فالقول فيه للرجل بيمينه ، وان لم يكن عرف فالقول للرجل بيمينه لأنه هو المعطى واليه المرجع فى بيان على أى وجه كان الاعطاء، لكن اذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهرا كطعام مهيأ للأكل من سمك أو شواء ونحوه فلا يكون القول له فيه وتصدق فيه هى بيمينها لأن الظاهر أن مثل هذا من الهدايا .

وفى كل موضع يثبت فيه أن المعطى مهر سواء كان ثبوته بالبينة أو اليمين ، فان كان هذا المعطى موجودا فى يد الزوجة فهى بالخيار ان شاءت احتسبته من مهرها واستوفت ما بقى لها منه وان شاءت ردّته واستوفت مهرها كاملا، وان كان قد هلك فى يدها أو استهلك احتسب عليها بقيمته واستوفت الباقى لها من مهرها ان بقى لها منه شىء .

واذا عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قدّم لمخطوبته نقودا أو حليا أو ثيابا أو طعاما أو غير ذلك فما تبين أنه قدّمه على أن يكون من المهر يستردّه بنفسه ان كان قائما ويسترد مثله أو قيمته ان كان هالكا أو مستهلكا لأنه قدّمه على أنه واجب ولم يجب، وما تبين أنه قدّمه هدية يسترده ان كان موجودا على حاله ، وأما ان هلك أو استهلك فلا يسترد بدله أى شىء، وكذلك اذا منع من الرجوع فيه مانع مما يمنع رجوع الواهب فى هبته .

الجهاز ومتاع البيت

اذا اشترى الأب جهازا لبنته من ماله فهو متبرع لها بما اشتراه، فان كانت كبيرة فلا تملكه إلا اذا تسلمته لأن الأب متبرع بالشراء لها والتبرع لا يفيد الملك إلا بالقبض، ومتى تسلمته وملكته فليس لأبيها ولا لغيره أن يستردّه أو شيئا منه لأن الهبة للقريب المحرم لا يصح الرجوع فيها .

وأما اذا كانت صغيرة فانها تملكه بمجرد الشراء لها لأنها فى ولايته ويده يدها ، ومتى صار ملكا لهـا بالشراء فليس لأبيها ولا لغـيره استرداد شىء منـه لأنه هبـة للقريب المحرم .

وبما أن هذا تبرع من الأب أفاد التمليك بالتسليم فى الحال الأولى أو بمجرد الشراء فى الحال الثانية، فان كان الأب فى حال صحته وقت التسليم لابنته الكبيرة أو وقت الشراء لابنته الصغيرة ملكت كل واحدة منهما ما تبرع به لهـا أبوها ملكا نافذا غير متوقف على أجازة أحد شأن كل تبرع يصدر من صحيح أهـل للتبرع ، وان كان الأب وقت التسليم للكبيرة أو الشراء للصغيرة مريضا مرض الموت توقف نفـاذ تبرعه على إجازة سائر ورثتـه لأن التبرع فى مرض الموت فى حكم الوصية والوصية لوارث لا تنفذ إلا بإجازة سائر الورثة أيا كان مقدار المتبرع به .

وبمـا أن الجهاز يصير بالتسليم أو الشراء ملكا لابنته فلو كان باقيا من ثمنه شىء فهو عليه هو يطالب به فى حياته ويستوفى من تركته بعد مماته وليس لورثته الرجوع على البنت بشىء .

والجهاز ملك خالص للزوجة سواء اشترته بمـالها أو اشتراه لهـا أبوها من ماله ولا حق للزوج ولا لأحد غيره فيـه ، ولا تجبر على استعماله لزوجها أو لأحد من ضيوفه، واذا رضيت هى أن ينتفع به كان له الانتفاع واذا لم ترض كان عليـه أن يعد مسكنه إعدادا شرعيا ويجعله مستكملا كل ما يلزمه من فرش وأدوات ، وهى أيضا لا تجبر على أن تجهز نفسها لا من مهرها ولا من غيره، فلو زفت بجهاز قليـل لا يتناسب مع المهر الكثير الذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشىء ولا نقص شىء من المهر الذى تراضيا عليه، وان بالغ الزوج فى زيادته رغبة منه فى كثرة الجهاز لأن المهر حق تستحقه الزوجة فى مقابلة تمليكه حق المتعة بها لا فى مقابلة جهاز تزف اليه به .

قضايا الجهاز وأثاث البيت

قضايا الجهاز والأثاث ليست محصورة، فقد يقع النزاع بشأن امتناع الزوج عن تسليم أعيان الجهاز أو بعضها لزوجته ، وقد يقع النزاع بشأن قيمة هذه الأعيان اذا استهلكت ، وقد يكون فى غير ذلك ، ولكن الفقهاء هنا اقتصروا على ذكر قضيتين اثنتين :

(الأولى) اذا جهز الأب بنته من ماله وزفها الى زوجها بجهاز ولم يصرح بأنه ملّكها هذا الجهاز أو أعاره إياها ثم ادّعى هو أو أحد ورثته بعده أن أعيان الجهاز التى زفت بهـا أو بعضها كانت عارية لا ملكا للزوجة وطلب الحكم بردّها فادّعت الزوجة أو زوجها بعد وفاتها أن هذه الأعيان كانت ملكا لا عارية ولا حق للأب أو ورثته فى اســترادادها، فمن حيث إن كل واحد من المتداعيين مدع، فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له سواء أ كان هو مدّعى التمليك أم مدّعى الاعارة وسواء أشهد الظاهر له أم خالفه لأنه تؤر دعواه بحجة غير معارضة، وان كان لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر، لأن البينات لاثبات خلاف الظاهر، والظاهر هنا هو العرف فان كان العرف يشهد أن مثل هــذه الأعيان المتنازع فيها يجهز الأب بها ابنته تمليكا لها رجحت بينة مدعى الاعارة وهو الأب أو ورثته بعده، وان كان العرف يشهد بأنها تجهز بهـا إعارة رجحت بينة مدعى التمليك وهو الزوجة أو زوجها بعدها، وإن كان العرف مشتركا لا يشهد لواحد منهما ولا عليه رجحت بينة الأب أو ورثته لأن الأب هو الذى أعطى الجهاز وجهة الاعطاء تعلم منه وورثته خلفاؤه يعلمون جهة تصرفاته .

وان لم يكن لواحد منهما بينة فالقول لمن يشهد له الظـاهر بيمينه، فان كان الظاهر وهو العرف يشهد أن مثل هذه الأعيان تسلم إعارة فالقول للأب أو ورثته باليمين، وان كان يشهد بأنها تسلم تمليكا فالقول للزوجة أو الزوج باليمين، وإن كان العرف مشتركا لا يشهــد لواحد منهما ولا عليــه فالقول للاب أو ورثته باليمين لمـا قدّمناه من أنه هو المعطى واليه المرجع فى بيان جهة الاعطاء ولأن ورثته من

بعده هـم خلفاؤه ... وكذلك يكون القول للاب أو ورثتـه باليمين إذا كانت أعيان الجهاز أكثر مما تجهز به مثل هـذه الزوجة عادة لأن كثرته عن جهاز أمثالها ظاهر يشهد للأب بأنه أعار ولم يملك .

والأم والجـد كالأب فى ذلك النزاع لأن العـرف يحكم بأن تجهيز الأم لبنتها والجد لبنت ابنه كتجهيز الأب لابنته لأنهما يقومان مقامه .

(الثانيـة) إذا اختلف الزوجان فى أثاث البيت الذى يسكنانه فادعى الزوج أنه له وادعت الزوجة أنه لها فمن حيث إن كلا منهما مدع فمن أقام البينة قضى له سواء كان الاختلاف حين قيام الزوجية أم بعد حصول فرقة، وسـواء كان البيت الذى يسكنان فيه ملكا لأحدهما أم مستأجرا، وسواء شهد الظاهر لمن أقام البينة أم خالفه لأن بينته أثبتت دعـواه . وإن كان لكل منهما بينـة رجحت بينة من يثبت خلاف الظـاهر لأن البينات كما قدمنا لاثبات خلاف الظاهر . والظاهر هنا هو صلاحية الشىء المتنازع فيه لأيهما فان كان يصلح له خاصة كثيابه الخصوصية أو أدوات الرسم لمهندس أو العيادة لطبيب رجحت بينتهـا ، وإن كان يصلح لها خاصة كثيابها الخصوصية وأدوات زينتها رجحت بينته وإن كان يصلح لهما كالسرر والبُسُط والأوانى فلا مرجح لاحدى البينتين والقـول قول الزوج بيمينـه لأن يده على البيت وما فيـه ظاهر يشهد له بلا معارض . وإن لم يكن لواحد منهما بينـة فالقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه، فما يصلح للرجال خاصة القول فيه للزوج بيمينه، وما يصلح للنساء خاصة القول فيه للزوجة بيمينها وهذا بالاتفاق بين الامام وصاحبيه.

وأما ما يصلح لهما ففيه خلاف . قال الطرفان : يكون القول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد وظاهر يده شاهد له . وقال أبو يوسف إن العادة جارية بأن الزوجة تزف إلى زوجها بشىء من الجهاز ولو قليلا و يندر أن تزف الزوجة بلاجهاز أصـلا فهذه الأعيـان الصالحة لهما من سرر وفرش وأوان وشبهها لا بد أن تكون

الزوجة حسب الغالب زفت إلى زوجها بشىء منهـا فيجعل لها من هـذه الأعيان قـدر ما تجهز به عادة و يكون القول لهـا فيه بيمينها عمـلا بشهادة العـادة الغالبة ، وما زاد عن ذلك يكون القول فيـه للزوج بيمينه عملا بشهادة اليد . وأبو يوسف لم يفـرق بين ما إذا كان الاختلاف فى الصالح لهما بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فجعل القول للزوجة أو ورثتها باليمين فى قدر ما تجهز به عادة وجعل القول للزوج أو ورثته باليمين فيما زاد. ومحمـد لم يفرق أيضـا فجعل القول فى الحالين للزوج أو ورثته باليمين لأنه صاحب اليد ورثته خلفاؤه. وأبو حنيفة فرق فقال إذا كان الاختلاف فى الصالح لهما بين الزوجين أنفسهما فالقول للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد وحده، واذا كان بين أحدهما وورثة الآخر فالقول للحى منهما بيمينه سواء كان الزوج أو الزوجة لأن يد الحى منهما ظاهر شاهد له .

٢ — نفقـــة الزوجة

تعريفها ودليـــل وجوبها على الزوج — نفقة الزوجة هى ما تحتاج اليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف، وهى حق واجب لها على زوجها لقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ . وقوله عز شأنه فى سـورة الطلاق : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ . وقوله عليـه الصلاة والسـلام فيما رواه مسـلم فى صحيحه : «اتقوا الله فى النسـاء فانكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

سبب استحقاقها — تستحق الزوجة النفقة على زوجها جزاء احتباسهـا وقصرها عليه لحقه ومنفعته ، وذلك لأن موجب عقـد الزواج الصحيح أن تصير الزوجة مقصورة على زوجها لا يحـل لغيره أن يستمتع بها صيانة لنسب أولاده عن الاختلاط، وأن تجب عليهـا طاعته والقرار فى بيته للقيـام بواجباته ، واذا كانت

الزوجة محتسبة على الزوج لحقه وواجبه فنفقتها واجبة عليه عملا بالأصل العام "كل من احتبس لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله" فهى واجبة على الزوج فى مقابل ما له من الحقوق ولهـذا تستحق النفقة الزوجة المسلمة والكتابية والغنية والفقيرة لأن سبب الاستحقاق وهو الاحتباس متحقق فيهن جميعا ولو كان السبب هو الصـلة ما استحقتها الزوجة المخالفة فى الدين ولو كان السبب هو سـد الحاجة ما استحقتها الزوجة الغنية، وتجب النفقة على الزوج الغنى والفقير لأنه بالعقد يثبت له الحق عليها ، وتستحق من حين تمام العقد لأنه من حين تمامه تثبت له الحقوق عليها فيجب لها عليه واجبها ما دام لم يفت عليه حقه .

شروط استحقاقها — اذا تحقق بالعقد الصحيح سبب استحقاق النفقة وهو الاحتباس يشترط لترتيب المسبب عليه وهو وجوب النفقة أمران : أحدهما أن يكون الاحتباس موصلا للغرض الأول المقصود من الزواج وهو المتعة بالمباشرة الجنسية ودواعيها، فان كانت الزوجة طفلة لا تشتهى للمباشرة الجنسية ولا لدواعيها فاحتباسها كعدمه ، وثانيهما أن لا يفـوت على الزوج حقـه وواجبه من هذا الاحتباس بسبب ليس من قبله ، فان فات عليه مايستحقه من هذا الاحتباس وكان تفويته عليه من غيره فهو احتباس كعدمه ، وتفصيل هذين الشرطين يتبين فيما يأتى :

من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحقها — مما قدمنا فى بيان سبب استحقاق النفقة وشرطه يؤخذ أن التى تستحق النفقة من الزوجات هى الزوجة التى تم عقد زواجها صحيحا شرعا ، وكانت صالحة للمعاشرة الزوجية ولو لمجرد المؤانسـة، ولم يفت على زوجها حقه فى احتباسهـا بغير مبرر شرعى ، فاللازم توفره لوجوب النفقة للزوجة على زوجها أمور ثلاثة .

(الأول) أن تكون زوجة بعقد زواج صحيح شرعا ، فالزوجة بعقد زواج فاسد . والمدخول بها بناء على شبهة لاتجب لواحدة منهما نفقة ، لأن الزواج الفاسد والدخول

بشبهة لا يجعـل للزوج حق احتباس زوجته ، بل الواجب على الزوجين الافتراق رفعا للفساد، واذا لم يثبت حق الاحتباس للزوج لا تستحق الزوجة النفقة لعدم توفر سبب استحقاقها ، حتى لو حكم بنفقة للزوجة زواجا فاسدا قبل ظهور الفساد ثم أداها الزوج تنفيذا للحكم كان له بعد ظهور فساد العقد أن يسترد ما أداه . وأما لو أنفق عليها بغير حكم فهو متبرع وليس له استرداد ما أنفق .

(الثـانى) أن تكون الزوجة صالحة لمتعة الزوج ولو بالمؤانسة فقط ولتحقيق أغراض الزوجية وواجباتهـا بأن تكون الزوجة كبيرة أو صغيرة تشتهى للأزواج ، فان كانت صغيرة دون سـبع سنين لا تشتهى للأزواج بأى حال فلا نفقة لهـا لأن احتباسها كعدمه حيث لا يوصل الى الغرض المقصود من الزواج .

وقال أبو يوسف : إذا استبقى الزوج هذه الصغيرة فى بيته وأمسكها للاستئناس بها وجبت لهـا النفقة لرضاه هو بهذا الاحتباس الناقص ، وإن لم يمسكها فى بيته فلا نفقة لهـا، وهذا القول هو المفتى به .

واختلف فى الزوجة المريضة مرضا يمنعها من مباشرة الزوج لهـا هل تستحق معـه النفقة على زوجها ألا تستحقها . والقول المفتى به أنها تستحق النفقة عليه مطلقا سواء مرضت عنده بعـد زفافها اليه أو مرضت فى بيت أبيها ولم تمتنع من الانتقالْ اليه، لأنّ المرض طارئ وقتى كالحيض والنفاس وليس من حسن المعاشرة الزوجية أن يكوتان طروء هـذا الطارئ مفوّتا ما يجب لهـا من النفقة فلا فرق بين الصحيحة والمريضة على المفتى به الجارى عليه العمل .

وروى عن أبى يوسف أنه قال : إذا مرضت قبل زفافها وانتقالها الى منزل زوجها فلا نفقة لهـا ما دامت مريضة ولم تنتقل إلى منزله ، و إن زفت اليه وهى مريضة فحكمها حكم الصـغيرة التى لا تشتهى إن أمسكها فى بيته فلها النفقة وان لم يمسكها فلا نفقة لهـا، وان زفت اليه سليمة ثم مرضت فى بيته فلها النفقة سـواء بقيت مدّة مرضها فى بيته أو عادت إلى بيت أهلها بإذنه .

ومثل المريضة المعيبة بعيب نسائى يمنع من مباشرة الزوج لهـا فالقول المفتى به لهـا النفقة مطلقا . وعلى ما روى عن أبى يوسـف هى على التفصيل فى المريضة لأن هذا العيب ليس إلا نوعا من المرض .

(الثالث) أن لا يفوت على زوجها حقه فى احتباسها بغير مبرر شرعى وبسبب ليس من قبله .

فالزوجة الناشزة لا نفقة لهـا ، والناشزة هى التى خرجت من بيت زوجها بلا إذنه بغير وجه شرعى، أو امتنعت عن الانتقال اليه بغير حق، أو منعته من الدخول عليها فى بيتها المقيم معها فيه ولم تكن سألته النقلة فأبى .

ففى كل حالة من هذه الحالات الثلاث تكون الزوجة ناشزة أى مستعصية عليه وخارجة عن طاعته ومفوتة حقه فى الاحتباس فلا تستحق النفقة لأنهـا واجب فى مقابلة حق وما دامت ناشزة فلا حق لهـا فى النفقة ، فان أقلعت عن نشوزها استحقت النفقة من حين اقلاعها عن نشوزها .

وكذلك الزوجة المحبوسـة فى جريمـة أو دين أو ظلما لا تستحق النفقـة مدة حبسها لأنهـا فوتت عليه حقـه فيفوت عليها واجبها إلا إذا كان هو الذى حبسها فى دين له لأنه هو الذى فوت حقه .

وكذلك الزوجة التى غصبها غاصب وحال بينها وبين زوجها لا تستحق النفقة عليه مدة غصبها لأن الغصب سبب ليس من قبله وقد فوت عليه حقه فى الاحتباس كحبسها ظلما .

وكذلك الزوجة المسافرة ولو لأداء فريضة الحج مع محرم لها لا تستحق نفقة مدة سفرها . لكن إذا حجت مع زوجها نفسه استحقت نفقة الحضر لا نفقة السفر .

وكذلك الزوجة المحـــترفة التى تخرج نهـارا لحرفتهـا اذا منعها زوجها فلم تمتنع لا تستحق نفقة .

والعلة فى هذا كله أن نشوزها وحبسها وغصبها وسفرها واحترافها فيه تفويت لحق زوجها فى احتباسها بغير وجه شرعى، فلو كان تفويتها حقه لوجه شرعى كما إذا خرجت من طاعته لأن المسكن ليس شرعيا ، أو لأن الزوج غير أمين على نفسها أو مالها ، أو امتنعت من الانتقال الى منزله لأنه لم يوفها عاجل صداقها ولو بعد الدخول بها ، فلا تعدّ فى هذه الأحوال ناشزة وتجب لها النفقة . وقال الصاحبان إذا سلمت الزوجة نفسها الى زوجها برضاها قبل أن تأخذ معجل صداقها أو ما بقى منه فليس لها بعد ذلك أن تمتنع عن تسليم نفسها اليه لا ستيفائه، وإذا امتنعت تكون ناشزة ولا نفقة لها[1] ، وتجب لها النفقة أيضا إذا كان فوات حقه فى احتباسها بسبب من قبله هو بأن كان مريضا مرضا يمنعه من مباشرة النساء، . أو معيبا بعيب كذلك كعنة وجبّ وخصاء أو محبوسا فى جريمة ارتكبها أو دين ماطل فى أدائه، ففى هذه الأحوال هو الذى فوّت حقه على نفسه فتبقى نفقتها واجبة عليه .

فالخلاصة أن الزوجة بعقد صحيح إذا فات على زوجها حقه فى احتباسها بغير وجه شرعى لا تجب لها عليه نفقة ما دامت كذلك ، وإن لم يفت عليه حقه أصلا، أو فوّته هى عليه بمبرر شرعى، أو فوّته هو على نفسه بسبب من قبله فنفقتها واجبة عليه .

واختلف فى سفر الزوج بزوجته الى بلد غير البلد الذى كانت تقيم معه فيه هل هو حق للزوج بحيث إذا أبت أن تسافر معه تعدّ مفوّتة حقه فى احتباسها بغير حق فلا تجب لها النفقة أو ليس حقا له إذا كان السفر بعيدا بحيث إذا امتنعت لا تكون ناشزة، وأصح الأقوال أن للزوج أن ينقل زوجته إلى أى بلد قريبة أو بعيدة متى كان مأمونا على نفسها ومالها ، وأوفاها معجل صداقها ولم يقصد بنقلها الكيد لها والإضرار بها، فاذا أبت أن تسافر مع زوج هذه حاله فهى ناشزة ولا نفقة لها مادامت

(١) وعلى قول الصاحبين سارت بعض المحاكم الشرعية المصرية، وهذا حسن فى بعض قضايا يكون الدفع فيها بعدم استيفاء مقدم الصداق جميعه ليس الغرض منه إلا الخروج عن طاعة الزوج والكيد له .

كذلك فان كان غير مأمون على نفسها أو مالهـا أو كان قاصداً المضارّة بنقلها أو لم يوفّها معجل صداقها فلا يعدّ امتناعها عن السفر معه فى هـذه الحال نشوزا وتجب لها النفقة، وهذا هو ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن .

تقدير النفقة — نفقة الزوجة تشـمل طعامها وكسوتها ومسكنها وخدمتها وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف كما قدمنا .

وما دامت الزوجية قائمـة والزوج معاشر زوجته فهو الذى يتولى الإنفاق عليها ويجيئها بمـا فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما، وما دام متوليا هذا الانفاق وقائما بالواجب فليس للزوجة طلب فرض نفقة .

فاذا شكت مطله فى الانفاق وأنه تاركها بلا نفقة بغير حق وطلبت فرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة الطعام والكسوة والمسكن وثبت ذلك فرض لهـا القاضى النفقة بأنواعها وأمر الزوج بأداء مافرض لهـا ويصح أن تكون النفقة المفروضـة أصنافا بأن يفرض على الزوج أن يرتب لطعامها مقادير معينة من خبز ولحم وخضر وما يستلزمه طعامها . ويرتب لكسوتها شتاءا ثيابا معينة وصيفا كذلك . ويصح أن يفرض لها بدل طعامها وكسوتها نقودا وهى تشترى بها ما يلزمها .

أساس تقدير النفقة — يراعى فى تقدير النفقة بأنواعها أمران :

(أولهما) حال الزوج المـالية حين فرضها فان كان موسرا فرضت لها نفقة اليسار ولو كانت هى معـدمة، وإن كان معسرا فرضت لهـا نفقة الاعسار ولو كانت هى ثرية ، وإن كان متوسط الحال فنفقة الوسـط ، وهذا هو الجارى به العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية تطبيقا للمـادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩، ونصها : " تقـدّر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حال الزوجة » . وهـو مذهب الشافعى وقول صحيح فى مذهب الحنيفة . وأما القول الآخر فى مذهب الحنفية وهو الذى كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٩ فهو أن النفقة

تقدّر بحسب حال الزوجين معا، فان كانا موسرين فنفقة اليسار، و إن كانا معسرين فنفقة الاعسار، وإن كانا مختلفين فنفقة الوسط، ويؤمر الزوج المعسر بأداء ما فى وسعه، والزائد دين عليه إلى الميسرة .

ولكن ما عليه العمل الآن هو صريح القرآن الكريم فى قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ . وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا » وقوله عز شأنه «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ .

(وثانيهما) غلاء الأسعار ورخصها حين الفرض لأن المفروض إنما هو ثمن لشراء حاجيات ، والأثمان تختلف باختلاف الأسعار .

فاذا تغيرت الأسعار عن وقت الفرض إلى زيادة ، أو تحسنت حال الزوج المالية عما كانت عليه حين الفرض كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها .

و إذا تغيرت حال الأسعار إلى نقص ، أو حال الزوج المالية إلى أسوأ كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة .

ولا يلزم أن تفرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يومية إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أجرتهم يوما فيوما وطلب ذلك، وأن تفرض أسبوعية أو سنوية على حسب ما هو ميسّر للزوج . وتعطى نفقة أية مدّة مقدّما حتى تستطيع الزوجة قضاء حاجاتها منها .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية فرض بدل طعامها شهريا وبدل كسوتها عن ستة شهور على اعتبار أنها تحتاج فى السنة إلى كسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء . وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها وسكنها بدون تفصيل مراعيا أن فيما يفرضه كفاية لها فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يقوم بكفاية الزوجة حسب حال زوجها لأن ما فرض لطعامها لا يسـد حاجتها وما فرض لكسوتها كذلك مع أنها لم تستعمل ثيابها غير الاستعمال المعتاد عدّل القاضى المفروض لطعامها وكسوتها تعديلا يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج .

والمسكن الذى يهيئه الزوج لزوجته ويجب عليها أن تطيعه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة هو المسكن اللائق لحالة الزوج المـالية سـواء كان منزلا مستقلا أو شقة فى منزل أو حجرة من شـقة حسب ميسرة الزوج بشرط أن يكون خاليا من أهله وأهلها وفيه المرافق الشرعية وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها، فاذا أعدّ لها مسكنا مستكملا هذه الشروط فقد قام بما يجب عليه .

وليس له أن يجبرها على إسـكان أحد معها فى مسكنها من أهله وأولاده من غيرها سوى ولده الصغير غير المميز، كما أنها ليس لهـا أن تسكن معها أحدا من أهلها وأولادها من غيره ولا ولدها الصغير غير المميز ، والغرض من هـذا منع إضرار واحد منهما بصاحبه وتوفير أسباب الراحة لهما .

وإذا كان فى منزل شقق متعدّدة أو فى دار بيوت متعـددة والزوجة تسكن فى إحداها ، وللزوج قريبات كأمه وأخته وبنتـه تسكن فى الأخرى فليس لهـا أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر إلا إذا آذينها بفعل أو قول ، وأما إذا كان فى الشقة الأخرى من المنزل أو فى البيت الآخر من الدار ضرتها فلهـا أن تطلب النقـلة الى مسكن آخر بعيد عنها مطلقا لأن مجرد وجود الضرة إيذاء لها[1] .

وإذا لم يهيئ الزوج هذا المسكن الشرعى فرض القاضى عليه بدل سكناها مراعيا حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه لها .

---

(١) ذكر ابن عابدين أن المسكن يراعى فيه العرف وأن على المفتى أن ينظر الى حال أهل زمانه وبلده فمن الناس من لايسكنون فى بيت من دار مشتملة على أجانب فيلزمون بدار من بابها ومنهم من يسكنون بالزوجة فى بيت من دار ولو مع احمائها وضرتها فينبغى مراعاة حال الأزواج واختلاف الزمان والمكان.

و إذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم لأن الواجب على المعسر نفقة الكفاية وهى تكتفى بخدمة نفسها، و إذا كان موسرا وجبت عليه نفقة ما تحتاج اليه من خادم أو أكثر حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادم مملوكا لها ومتفرغا لخدمتها، فلو لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه إحضار خادم يخدمها بل يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه .

نفقة زوجة الغائب — إذا طلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها الغائب فرض لها ولا تمنع غيبة الزوج من القضاء عليه بنفقة زوجته .

وإذا كان لهذا الغائب مال من جنس النفقة كالغلال والنقود وكان هذا المال فى يد الزوجة فرض القاضى لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض لها مما فى يدها من ماله .

و إن كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة وديعة عند أحد أو دينا فى ذمة أحد وطلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها وأمر المودَع أو المدين بأداء المفروض لها فان كان كل من المودَع أو المدين معترفا بالزوجية و بالوديعة أو الدين فرض القاضى النفقة وأمر المودَع أو المدين بأداء المفروض لها لأنه معترف بأن لها حقا فيما عنده للغائب . و إن كانا غير معترفين بهما أو بأحدهما والقاضى يعلم ما أنكره فرض وأمر بالأداء أيضا إعانة لصاحبة الحق على وصولها إلى حقها . و إن كان كل منهما غير معترف بالزوجية ولا بالوديعة أو الدين ولا علم للقاضى بهما تسمع الدعوى من الزوجة وتطلب منها البينة على ما أنكر، فاذا أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بالأداء . وهذا قول زفر المفتى به ووجهه أن القضاء هنا هو بمجرد النفقة سدا لحاجة الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج لأنه يُحتاط لحقه بأخذ كفيل منها بما أخذت ، وتحليفها اليمين على أنها تستحقه . وله المعارضة بعد عودته ودفع دعواها بما يبطلها .

وقال الامام وصاحباه لا تسمع دعواها على المودع أو المدين عند إنكارهما الزوجية والوديعة أو الدين لأنه ليس واحد منهما خصما لها فى اثبات ما أنكره لأن

اثبات الوديعـة أو الدين يكون من المـودع أو الدائن . واثباتهـا الزوجية يكون فى مواجهة الزوج، وإذا لم تكن خصومة فلا تسمع الدعوى .

وفى كل موضع يقضى على الغـائب بنفقة لزوجته يحتاط القـاضى لحقه بأخذ كفيل من الزوجة يكون ضامنا لمـا أخذته إن تبين أنهـا لا تستحقه ، و بتحليفها ايمين على أنها تستحق نفقة عليه .

وللغائب بعد عودته أن يعارض فى الحكم ويدفع دعواها بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقـة انقضت عدتها أو ناشزة أو أنه ترك لها قبـل غيبته ماتنفق منه على نفسها . وإذا أثبت ما دفع به بالبينة وتقرر قبول الدفع ونقض الحكم المعارض فيه فله الرجوع على زوجته أو كفيلها بما أخذت من ماله بغير حق .

هذا إذا ترك الغائب مالا من جنس النفقة . أما إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة بأن كان ماله عقارات مثلا فلا يبـاع شىء من عقاراته تنفيـذا لنفقتها، بل تكون نفقتها فى أجرة ما يؤجر منهـا لأن مال المدين لا يباع فى دينه عنـد الامام مطلقا، ولا يباع عند الصاحبين إلا إذا امتنع من أدائه، ومع الغيبة لم يثبت امتناع .

وإذا لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقـة ولا من غيره قضى القاضى لهـا بالنفقة وأمرها أن تسـتدينها وتجب الإدانة على من تجب عليـه نفقتها من أقاربها لو لم تكن مـتزوجة . ولو طلبت تطليقها منـه لاعساره لا تجاب الى طلبهـا . لأن إعسار الزوج سـواء كان غائبا أو حاضرا ليس مسـوغا لتطليق زوجتـه منه لأن اليسر عرض يزول والمـال غاد و رائح .

هذا هو مذهب الحنفية وهو ما كان عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية قبل صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ أما بعد صدور هذا القانون فقد قضت المـادة الخامسة منه بأن الغائب اذا كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه سواء كان هذا المـال من جنس النفقة أو من غير جنسها . والمراد بالطرق المعتادة

فى التنفيـذ ما ورد فى لائحـة التنفيذ من البـدء بالتنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم على المنقولات ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات أو عدم كفاية ثمنها، ولا يجوز بيع منزل السكنى . وان لم يكن له مال ظاهر يمكنها أن تنفذ حكم نفقتها فيه وطلبت تطليقها منه طلقها القاضى منه فى الحال، أو بعد إعذاره ومضى الأجل المضروب له على التفصيل بين الغائب غيبة بعيدة والغائب غيبة قريبـة الذى يتبين فى فرق الزواج كما سيتبين أن لزوجة الغائب اذا غاب سنة فأكثر بلا عذر أن تطلب تطليقها منه ولو كان له مال ظاهر كما نص على هذا فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩

متى تكون النفقة دينا على الزوج — نفقـة الزوجة واجبـة على زوجها بالعقـد الصحيح عليها ولكنها فى مذهب الحنيفة لا تصير دينا فى ذمـة الزوج بمجرّد امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بل هى على التفصيل الآتى :

النفقـة المستحقة للزوجة اذا لم يصدر حكم بهـا أو لم يتراض الزوجان عليهـا وأنفقتها الزوجة على نفسها من مالها أو مما استدانته من غيرها فى مـدّة شهر أو أكثر لا تكون دينا على الزوج بحيث اذا طلبت الحكم لها بنفقتها عن مدّة ماضية سابقة على وقت التقاضى أو التراضى شهر فأكثر لا تجاب الى طلبها، لأن ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو رضا لا ترجع به على زوجها ، غير أنه يجاب طلبها عن مدّة سابقة على الحكم أقل من شهر لأن هذه المدّة تعتبر فترة التقاضى ولا بد أن يمضى مثلها على المدعية قبل القضاء لها .

أما نفقة الزوجة التى صدر بها حكم أو تراضى الزوجان عليها ولكن لم يقرن الحكم أو التراضى بإذن الزوجة باستدانتها فانها تكون دينا للزوجة على زوجها تطالبه بما تجمد لهـا منه سـواء أنفقت على نفسها من مالهـا أو مما استدانتـه من غيرها . ومثله ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو تراض ولكن فى مدّة أقل من شهر . ولكنه دين ليس صحيحا من كل وجه بل هو دين ضعيف ولهذا يسقط بما يسقط به الدين

الصحيح وهو الأداء أو الإبراء ويسقط أيضا بواحد من ثلاثة ، بنشوز الزوجة فاذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها بغير حق شرعى وكان لهـا متجمد من هذا الدين سقط بنشوزها ، وبموت أحد الزوجين فاذا مات أحدهما وفى ذمـة الزوج متجمد من هـذا الدين سقط عنـه فلو كان هو الذى مات ليس لهـا أن تأخذه من تركته واو كانت هى التى ماتت ليس لورثتها أن يطالبوا زوجها به ، و بطلاقها الذى بنى على سبب من قبلها كسوء خلقها ، فاذا طلقها سقط المتجمد لهـا عليه من هـذا الدين إذا ثبت أنه كان له العـذر فى تطليقها لأنهـا هى التى اضطرته اليـه لسوء معاشرتها أو سوء سمعتها مثلا . وقيل إن الطلاق أيا كان سببه لا يسقط هذا الدين . وقيل أن الطلاق أيا كان سببه يسقط هذا الدين والمختار هو التفصيل المتقدّم .

وأما نفقة الزوجة التى صدر حكم بها أو تراضى الزوجان عليها ، وأُذنت الزوجة من القاضى أو من زوجها باستدانتها واستدانتها الزوجة فعلا للانفاق على نفسها فهى دين صحيح لا يسـقطه إلا الأداء أو الإبراء ولا يسقطه واحد من النشوز أو الموت أو الطلاق .

ففى مذهب الحنفيـة النفقة الواجبـة للزوجة اذا لم يؤدّها الزوج لهـا مع وجوبها قـد لا تكون دينـا عليه أصلا ، وقد تكون دينا ضعيفا ، وقد تكون دينا صحيحا .

وكان عمل المحاكم الشرعية على هذا الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونص فى المـادة الأولى منه على أن نفقة الزوجة المستحقة لها شرعا تعتبر دينا صحيحا لهـا فى ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الابراء . ونص فى المـادة الثانية منه على أن المطلقة التى تستحق نفقة العدّة تعتبر نفقتها كذلك دينا صحيحا من تاريخ طلاقها . وهذا مأخوذ من مذهب الشافعى .

وهذا نص المـادتين المشار اليهما وتعليمات وزارة الحقانية بشأنهما :

مادة ١ — تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ — المطلقة التى تستحق النفقـة تعتبر نفقتها دينا كما فى المـادة السابقة من تاريخ الطلاق .

التعليمات — اشتملت هاتان المـادتان على حكمين مخالفين لمـا كان العمل جاريا عليه قبل صدور هذا القانون وهما :

١ — أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشـترط فى اعتبارها دينـا فى ذمة الزوج القضاء أو الرضا، بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الإتفاق مع وجوبه .

٢ — أن دين النفقة من الديون الصحيحة وهى التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ويترتب على هذين الحكمين :

(١) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر اذا ادعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ومتى أثبتت ذلك بطريق من طرق الإثبات ولو كان شهـادة الاستكشاف المنصوص عليها فى المـادة ١٧٧ من اللائحة حكم لهـا بمـا طابت .

(٢) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلعا، فللمطلقة مطلقا الحق فيما تجمد لهـا من النفقة حال قيام الزوجية مالم يكن عوضا لها عن الطلاق أو الخلع .

(٣) أن النشوز الطارئ لا يسقط متجمد النفقة وانمـا يمنع النشوز مطلقا من وجوبها ما دامت الزوجة أو المعتدة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين هما المنصوص عليهما فى هاتين المـادتين وأما ما عداهما من أحكام النفقة فالمرجع فيـه الى الأرجح من مذهب أبى حنيفة طبقا لمـا نص عليـه فى اللائحة وعلى هـذا يكون المرجع فيمن تجب لهـا النفقة ومن لا تجب هو مذهب أبى حنيفة .

ومن المقارنة يتبين أن ما كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الحنفية كان يفوّت على الزوجات نفقتهن عن كل مدة سابقة على وقت الحكم شهر فأكثر، ولذلك ما كانت تصـدر أحكام النفقات مستندة الى تاريخ سابق على الحكم بأكثر من شهر، وما صار عليه العمل بعد سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الشافعية جعل للزوجة الحق فى أن تطلب الحكم لهـا بالنفقة عن كل مدّة سابقة طالت أو قصرت .

وقد تبين أن بعض الزوجات استغلت هذا التعديل لارهاق الأزواج بمبلغ باهظ متجمد عن عدة سنين فيتركن المطالبة بالنفقة حتى تمضى مدة طويلة ويتجمد فيها مبلغ باهظ يرهق الزوج ، ولهـذا تدورك الأمر ونص فى الفقرة ٦ من المـادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ «اللائحة» على ما يأتى : "ولا تسمع دعوى النفقة عن مدّة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى" .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :

"أما النفقة عن المدّة المـاضية فقد رئى أخذا بقاعدة جواز تخصيص القضاء ألّا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى . ولمـا كان فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبـة بنفقة سـنين عديدة ترهق الشخص الملزم بهـا رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة الى المطالبة بها أوّلا فأوّلا بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث

سنين، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى وليس فى ذلك الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضى الثلاث سنين"[1] .

وبما أن نفقة الزوجة التى تستحقها على زوجها تعتبر دينا فى ذمته من وقت امتناعة عن الإنفاق يصح أن تبرئه الزوجة من دين نفقتها كله أو بعضه متى صادف الإبراء دينا فى ذمته . وبما أنها تعتبر دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فاذا كان للزوج دين فى ذمتها وطلب أحدهما مقاصّة الدينين أجيب الى طلبه لاستواء الدينين فى القوّة .

واذا عجل الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة كشهر مثلا ثم طرأ فى أثناء المدة ما يجعلها لا تستحق النفقة بأن نشزت فى نصف الشهر أو مات أحد الزوجين، قال الشيخان: لايسترد شيء مما عجل من النفقة، لأنها وإن كانت جزاء احتباس فيها شبهة الصلة، والصلة بين الزوجين لارجوع فيها. وقال محمد والشافعى: يسترد من المعجل نفقة المدّة التى لا تستحق نفقة عنها، لأنها انما أخذته جزاء احتباسها، ومتى فات الاحتباس فلا حق لها فيه، فعليها أن تردّه .

ومقتضى الأخذ بمذهب الشافعى فى اعتبارها دينا صحيحا من حين وجوبها أن يؤخذ بهذا فيكون له استرداد ما عجله مما تبين عدم وجوبه عليه .

٣ — عدم الاضرار بالزوجة

من حق الزوجة على زوجها أن لا يضرها بقول أو فعل أو خلق قال تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ فاذا لم يوفها زوجها هذا الحق وأضر بها كأن كان

---

(١) ولم تعرف الحكمة فى تحديد المدة بخصوص ثلاث سنين ولا ما استند اليه فى هذا التحديد . كما أن بعض الباحثين يرى أنها كثيرة وسبيل للإرهاق اذا كانت النفقة المحكوم بها شهريا كثيرة .

يضربها أو يؤذيها بأقواله أو أفعاله ، ففى مذهب الحنفية ليس لها أن تطلب تطليقها منه لهذا وانما ترفع أمرها للقاضى ليزجره و يعزّره ليرتدع عن الإضرار بها[1] .

ولكن لمـا كانت أحكام مذهب الحنفية فى هـذا الباب ليس فيها مخلص من شقاء الزوجية و إضرار الزوج بزوجته أخذت المحاكم الشرعية فى مصر بمذهب مالك دفعا للضرر، فكان لها أن تتخلص من زوجيته وتطلب تطليقها منه، كما شرع لها أن تطلب التطليق لغيبة زوجها عنها سنة فأكثر بلا عذر، ولحبسه، ولإعساره عن نفقتها ولامتناعه عن الإنفاق عليها مع قدرته، ولوجود عيب أو داء مستحكم به. والغرض من هـذا تمكينها من دفع الضرر عن نفسها وحمل زوجها على عدم الإضرار بهـا . وسترى كل هذا مفصلا فى كتاب الطلاق .

٤ — العدل بين الزوجات

من حق الزوجات على زوجهن أن يعدل بينهن لأن الله تعالى أمر بالاقتصار على زوجة واحدة عند خوف الجور، وهذا يقتضى وجوب العدل بينهن إذا تعدّدن قال تعـالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ وقالت عائشـة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل و يقول : « اللهم هذا قَسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » .

والواجب أن يعدل الزوج بينهن فيما يملك فيسوّى بينهن فى الإنفاق عليهن، لأن النفقة حسب حاله هو على ما عليه العمل الآن . و يسوّى بينهن فى المبيت عندهن بحيث يؤنس كل واحدة بالمبيت عندها عددا من الليالى مثل عدد ليالى الأخرى . أما ما لا يملك وهو ميل القلب فلا يكلف المساواة فيه لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها وهو المراد بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾ .

---

(١) نقل ابن عابدين أنها لو قالت إنه يضربنى و يؤذينى فمره أن يسكننى بين جيران صالحين ، فان علم القاضى ذلك زجره ومنعه من التعدّى فى حقها ، ثم ذكر ما يفهم منه أنها لو طلبت تعزيره عزره بما يردعه .

فالعدل المشروط لإباحة التعدّد هو القدر المستطاع من المساواة. والذى نفيت استطاعته هو المثل الأعلى من العدل والمساواة فى كل شىء بغاية الدقة بلا نقص أو زيادة فيه حتى فى الود القلبى .

ومدة الاقامة عند كل واحدة يقدرها هو وينبغى أن لا تكون طويلة والرأى له فيمن يبدأ بها، وإذا كان ممن يشتغلون ليلا تكون المناوبة نهارا، ولا ينبغى أن يقيم عند واحدة أكثر من الأخرى إلا اذا رضيت إحداهن بذلك، ولا يدخل على غير صاحبة الدور إلا لعذر كعيادتها إن مرضت . ولا فرق فى هذا كله بين الجديدة والقديمة، والبكر والثيب، والمسلمة والكتابية، والمريضة والصحيحة . واذا سافر فله أن يسافر بمن يشاء لأن السفر يحتاج الى معونة قد تكون إحداهن أقدر عليها من الأخرى والأولى أن يعمل قرعة بينهن تطييبا لقلوبهن .

والغرض من هذا أن لا يؤذى واحدة بإيثار الأخرى وأن يعمل ما فى وسعه ليرضين جميعا ، واذا كان العدل المطلق لا يستطاع فالعدل الممكن فى استطاعته . واذا جار بينهن فى المعاملة فلمن يلحقها الضرر بهذا الجور أن تطلب طلاقها منه دفعا للضرر عن نفسها، على ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن . وأما على مذهب الحنفية فلها أن تطلب من القاضى تعزيره زجرا له .

حقوق الزوج على زوجته

الأصل الذى بنيت عليه حقوق الزوج على زوجته هو قوله تعالى فى سورة النساء: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ. فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللهُ . وَاللَّاتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾. فقوله سبحانه : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾ أثبت للأزواج حق الطاعة لأن القيّم لا يكون قيما إلا اذا نفذت كلمته ووجبت طاعته . وقوله سبحانه : ﴿ وَاللَّاتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾ الآية أثبتت للأزواج ولاية التأديب .

(١) الطاعة — اذا أعدّ الزوج لزوجتـه المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشتها الخالى من أهلهما الذى تأمن فيه على نفسها ومالها وكان هو أمينا عليها وأوفاها معجل صداقها يجب عليها أن تقيم معه فى هذا المسكن، واذا خرجت منه تعدّ ناشزة. وكذلك يجب عليها أيضا أن تمتثل أمره إلا فيما نهى الله عنه . وأن تقر فى المسكن الذى أعدّه لها ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة ، كزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة، ومحارمها فى كل سنة مرة ، ولا تبيت عنـد أحد منهم إلا باذن زوجها، كما لا تزور أى أحد آخر إلا باذنه ، ولا تسمح بدخول أحد فى بيته إلا باذنه، وإذا كان أبوها مريضا واحتاج اليهـا وليس له من يقوم بشأنه غيرها وأبى الزوج أن يأذنها بالذهاب اليه فلها أن تذهب إلى أبيها المريض بغير إذنه، ولا يعدّ هذا خروجا عن الطاعة الواجبة عليها، لأن حق الوالدين مقدّم على حق الزوج عند التعارض .

(٢) ولاية التأديب — قال تعـالى : ﴿ وَاللَّاتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ فان خالفت الزوجة فيما تجب عليها الطاعة فيـه، فلزوجها أن يؤدبها بادئا بالموعظة الحسنة ، ثم بالهجر فى المضجع بأن لا يبيت معها فى فراش واحد، ثم بالضرب غير المبرح . وليس له أن يضربها ضربا أليما مبرحا لأى سبب فان فعل فهو إضرار بها يستحق عليه التعزير على مذهب الحنفية . ويخوّل لها أن تطلب التفرقة على ما عليه العمل الآن . وليس له أى ولاية على مالها، فهو ملك خالص لهـا تتصرف فيه كما تشاء لا فرق بين مال زفّت اليه به ومال تملكته بعد زفافها .

الحقوق المشتركة بين الزوجين

أما الحقوق المتبادلة بينهما فهى حرمة المصاهرة، والتوارث، وحل الاستمتاع، وحسن المعاشرة؛ قال تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خطبته يوم حجة

الوداع : «ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوارٍ عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا . ألا أن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فحقكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم من تكرهون ولا يأذَّن فى بيوتكم لمن تكرهون وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى كسوتهن وطعامهن » .

وقال صلى الله عليه وسلم : «أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم » .

زواج المسلم بالكتابيات

بينا أنه يحل للمسلم أن يتزوج الكتابية التى تدين بدين الهٰى وتؤمن برسول وكتاب منزل . وهذا الزواج مع إباحته مكروه كراهة التنزيه، لأن الأصل أن تبادل المودة والرحمة والمعونة والمواساة على وجه الازدواج إنما يكون بين الزوجين المتحدين فى الدين، ولذا قال فى الفتح : « ويجوز للمسلم تزوج الكتابيات والأولى أن لا يفعل إلا للضرورة» . وكل الشروط التى تشترط لانعقاد الزواج وصحته ونفاذه كما يجب توافرها فى عقد زواج المسلم بالمسلمة يجب توافرها فى عقد زواج المسلم بالكتابية . وجميع الأحكام والحقوق والواجبات التى تترتب على عقد زواج المسلم بالمسلمة تترتب على عقد زواج المسلم بالكتابية . فالكتابيتان المَحْرمان لا يجوز للمسلم أن يجمع بينهما كالمسلمتين المحرمين . والكتابية إن كانت كبيرة مكلفة تباشر عقد زواجها بنفسها كالمسلمة، وإن كانت صغيرة أو فى حكمها لجنون أو عته يباشر عقد زواجها وليها المتحد معها فى الدين . وإذا تم عقد زواجها بالمسلم سواء أكانت بمباشرتها أم بمباشرة وليها وجب لها من المهر، والنفقة، وعدم الاضرار بها، والعدل بينها وبين ضرائرها ما يجب للزوجة المسلمة . ووجب لزوجها المسلم عليها من الحقوق والواجبات ما يجب له على الزوجة المسلمة، فعليها طاعته وله ولاية تأديبها بالمعروف ومنعها عن الخروج من بيته إلا بإذنه ، وله أن يطلقها متى شاء وأن يتزوج عليها

واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ، وتثبت بينهما حرمـة المصاهرة ويجب لكل منهـما على الآخر حسن المعاشرة . ولا فرق بين المسلمة والكتابية إلا فى أمور :

(١) أن الزوجة المسلمة يشترط فى الشاهدين اللذين يحضران عقد زواجها أن يكونا مسلمين، ولكن الزوجة الكتابية لا يشترط فى شاهدى عقد زواجها أن يكونا مسلمين، بل يصح زواجها بشهادة المسلمين و بشهادة الكتابيين ولو كانا مخالفين لها دينا كما إذا كانت يهودية وشاهدا عقدها مسيحيين .

(٢) أن من أحكام زواج المسـلم بالمسلمة ثبوت التوارث بينهما إذا مات أحدهما والزوجية باقية، ولكن زواج المسلم بالكتابية لا يثبت به التوارث إذا مات أحدهما وكلّ على دينه فلا يرث الزوج المسلم زوجته الكتابية اذا ماتت قبلة، ولا ترث الزوجة الكتابية ز وجها المسلم إذا مات قبلها لأن اختلاف الدين من موانع الإرث على ما هو مبين فى موضعه .

(٣) الأولاد الذين يولدون للمسـلم من زوجته الكتابية يكونون مسلمين تبعا لدين أبيهم لا فرق بين ذكورهم و إناثهم، ولا يتبع أحد منهم أمه فى دينها ،ويترتب على هذا أنهم يرثون أباهم و يرثهم أبوهم لاتحادهم و إياه فى الدين، ولا يرثون أمهم ولا ترثهم أمهم لاختلافهم معا فى الدين، وأما أولاد المسلم من المسلمة فيتوارثون مع أبويهم لاتحادهم جميعا فى الدين .

وإذا تزوج المسلم كتابية ثم انتقلت بعد الزواج من دينها السماوى الى دين سماوى آخر كما إذا كانت يهودية فتنصرت استمر زواجها على صحته، لأن دينها الذى انتقلت اليه يصح زواجها عليه ابتداء فيصح بقاء ، لأن القاعدة أن ما لا يمنع ابتداء العقد لا يمنع بقاءه . لكن إذا ارتدت عن دينها السماوى ولم تعتنق دينا سماويا آخر فهى لا دين لها ولا يحل زواجها بالمسلم ابتداء فلا يحل أن تبقى زوجة للمسلم فيبطل العقد ويجب التفريق بينهما إن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما .

وزواج المسلم بالكتابيات فى مصر ليس للمأذون الشرعى أن يباشره ، وإنما يباشره القاضى الشرعى بعد تحريات وإجراءات خاصة ، وقد وضعت لهذا الزواج وثيقة خاصة دوّن فيها أكثر حقوق الزوجية التى تقضى بها الشريعة الاسلامية . وعلى القاضى ألا يباشر العقد إلا بعد أن يفهم الطرفين أن الشريعة الاسلامية تقضى بهذه الأحكام وبعد تلاوتها عليهما وفهم كل منهما جميع ما اشتملت عليه وقبولهما المعاملة بمقتضاها وبمقتضى باقى أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالزوجية وحقوقها يجرى عقد الزواج بينهما .

وهذه هى الأحكام التى دونت فى الوثيقة المذكورة :

(١) أنه يجوز للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع فى آن واحد رغم معارضة الزوجة التى تكون فى عصمته اذا لم يكن هناك مانع شرعى .

(٢) وله أن يطلق زوجته متى شاء قبلت الزوجة ذلك أم لم تقبل ، وله أن يمنعها عن الخروج من منزله إلا باذنه ، وله أن يطلبها إلى مسكنه الشرعى ويلزمها طاعته جبرا على الوجه الشرعى .

(٣) طلاق الزوج لزوجته إن كان رجعيا فله الحق فى مراجعته إياها بدون رضاها مادامت فى عدّته . أما إذا كان الطلاق بائنا فليس له مراجعتها إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين ، وإذا كان الطلاق ثلاثا فلا تجوز له حتى تنكح زوجا غيره ثم يطلقها أو يموت عنها .

(٤) اذا طلق الزوج زوجته فان كان سمى لها مهرا وكان الطلاق قبل الدخول بها فلا تستحق إلا نصف المهر المسمى ، وإن كان الطلاق من بعد الدخول بها تستحق مهرها بتمامه ، فاذا كان عجل لها منه شيئا طالبته بباقيه ، وان لم يكن سمى لها مهرا وطلقها قبل الدخول بها فلا تستحق عليه سوى كسوة مبينة فى الشرع ، وإن كان الطلاق بعد الدخول تستحق على الزوج مهر مثلها بحسب

تقدير القاضى أو اتفاق الطرفين ، كذلك تستحق نفقة العدّة إن كان الطلاق بعد الدخول ولا تستحقها إن كان قبـله وتقدير قيمتها يكون بمعرفة القاضى أو تراضى الطرفين .

(٥) اذا كان للزوجة من زوجها أولاد يكونون تابعين فى الدين لمذهب الزوج المسلم ، فاذا طلقها بائنا يكون لها الحق فى إرضاع أولادها بأجرة على والدهم ، وكذلك حضانة أولادها تكون من حقها بالقيمة التى يقررها القاضى الشرعى أو يتفق عليهـا الطرفان ، وتكون مدّة الحضانة سـبع سنين للابن وتسع سنين للبنت ما لم ير القاضى خلاف ذلك لمـانع .

(٦) اختلاف الدين مانع من موانع الميرات فلا يرث أحد الزوجين الآخر اذا مات .

زواج غير المسلمين بعضهم ببعض

المراد بغـير المسلمين ما يشمل أهـل الكتاب والمشركين وكل من لا يدينون بالاسلام ، والأساس الذى بنى عليه الاسـلام معاملة المسلمين لمن فى بلادهم من غير المسلمين أننا أمرنا بتركهم وما يدينون وعدم التعرّض لهم فيما يعتقدون .

وعلى هذا الأساس كل زواج تم بين اثنين منهم صحيحا حسب دينهم لا يجوز للمسلم الاعتراض عليه ولا للقضاء الإسلامى التعرّض له سواء أ كانا من أهل الكتاب أم من المشركين أم من غيرهم ، وسواء أكان هـذا الزواج صحيحا فى حكم الإسلام أم غير صحيح فى حكمه لفقده أى شرط من شروطه .

فلو تزوّج اليهودى إحدى محـارمه نسبا أو رضـاعا أو مصاهرة ، أو تزوّج المسيحى بغير حضور شهود ، أو تزوّج المجوسى معتدّة مجوسى آخر وكان ذلك كله جائزا فى دينهم فهم وما يدينون ولا يجوز التعرّض لهم فى زوجيتهم[1] حتى لو اختصما

(١) نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق .

الينا فى بعض آثار هذه الزوجيــة كأن طلبت زوجة المسيحى من القاضى الشرعى الحكم لهـا على زوجها المسيحى بنفقة ، أو طلب هو الحكم له عليها بالطاعة تسمع الدعوى ويقضى بالنفقة أو الطاعة ولو كانت الزوجية غير صحيحة فى حكم الاسلام ما دامت صحيحة فى دينهـم ولم يختصما الينا فيهـا لأنا أمرنا بتركهـم وما يدينون . ولكننا نتعرض لهم ونمضى حكم الاسلام فى زوجيتهم فى حالات ثلاث :

(الأولى) أن يختصما فى الزوجية ويترافعا الينا طالبين حكم الاسلام فيها[1] فحينئذ يفصل فى هـذه الزوجية بمـا تقضى به الشريعــة الاسلامية عملا بقوله تعـالى : ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ ولأنهما بالترافع الينا رضـيا حكم شريعتنا وطلبـا إمضاءه فى زواجهما .

فاذا ثبت أن الزواج المتنازع فيــه بينهما كان حين عقــده مستوفيا الشرائط الشرعية وصحيحا فى حكم الاسلام قضى القاضى بصحته لأن كل زواج صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم .

واذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح فى الاســلام لعدم حضور شهود أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت فى عدّة كتابى كان زوجا لهـا من قبل، قضى القاضى أيضا بصحته ما دام ذلك جائزا فى دينهم، لأنهما لمـا رضيا بحكم الاسلام لم يلتزما بمذهب معين من مذاهب أئمة المسلمين، وما دام الزواج بغير حضور شهود صحيحا فى بعض المذاهب الاســلامية وهو مذهب مالك لأن الشرط عنده إعلانه ولو بغير الشهود فانه يقضى بصحته بينهم ما دام متفقا ودينهم .

وأما اذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح فى الاسلام لكون الزوجة إحدى محارم الزوج بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو لكونها كانت حين العقد عليها معتدّة

---

(١) ولا يجوز التعرض لزوجيتهما إلا اذا ترافعا الينـا معا ، رأما لو رفع أحدهمـا فقط وأبى الآخر فلا نتعرض لهما لأن فى هذا اعتداء على حق من أبى ، وهذا هو مذهب الامام وعليه العمل . وقال محمد : يكفى أن يرفع أحدهما الأمر الينا لأنه رضى بحكم الاسلام فصار كما اذا أسلم .

لمســلم فإنه يقضى ببطلانه وبالتفريق بينهما لأنه باجمـاع أئمة المسلمين زواج غير صحيح فى حكم الاسلام فلا يقرهما عليه القضاء الشرعى (١) .

(الثانيــة) أن يكون فى زوجيتهما اعتداء على حق مسلم كما اذا كانت كتابية متزوجة بمسلم فطلقها فتزوجها كتابى وهى فى عدة المسلم، فان القاضى يفرق بينهما ولو لم يترافعا الينا محافظة على حق المسلم .

(الثالثــة) أن يسـلم الزوجان أو أحدهما، فان أسلما معا وكانت زوجيتهما مما يقرها الإسـلام بأن كانت صحيحة فى حكمــه لاستيفائها شروطه، أو غير صحيحة لعدم حضور شهود، أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت معتدة لغير مسلم يقران على زوجيتهما ولا يتعرض لهما ، وان كانت زوجيتهما ممـا لا يقرها الاسـلام بأن كانت غير صحيحة لأن الزوجة إحدى محارم الزوج ، أو لأنهـا حين العقـد عليها كانت معتـدة لمسلم فلا يقران على زوجيتهما . وإن لم يفترقا من تلقـاء أنفسهما يقضى بالتفريق بينهما ولو لم يترافعا الينا لأنهما بإسلامهما التزما إمضاء حكم الاسلام فيهما وهذه زوجية لا يقرها الاسلام فيجب عليهما الافتراق وإلافترق بينهما القضاء شأن كل مسلمين تعاشرا بزواج غير صحيح شرعا .

واذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كتابية فزواجها باق على حاله ما دامت زوجيتهما ممـا يقرها الإسلام، لأن زواج المسلم بالكتابية يحل ابتداء فيحل بقاء . وأما اذا أسلم وكانت زوجته غير كتابية بأن كانت مشركة فانه يعرض عليها الاسلام، فان أبت أن تسلم أو تدين بأى دين إلهى فرق بينهما لأن زواج المسلم بغير الكتابية

---

(١) كل زواج صح حسب شريعة الزوجين من غير المسلمين ولم يصح فى الشريعة الاسلامية ان كان عدم صحته لفقد شرط متفق على اشتراطه بين أئمة المسلمين لا يعتبر صحيحا ، وان كان عدم صحته لفقد شرط مختلف فيه يعتبر صحيحا .

ويبحث وجه التسوية بين زواج لم يحضره شهود وزواج المعتدة من كتابى لأن الأول مختلف فيــه فهل الثانى كذلك ؟

لا يصح ابتداء فلا يصح بقاء، و إن أسلمت أو اعتنقت أى دين سماوى فزواجهما باق على حاله ما دام ممـا يقرّه الاسلام .

واذا أسلمت الزوجة وحدها فســواء أ كان الزوج كتابيا أم غير كتابى يعرض عليه الاسلام إن كان أهــلا لعرض الاسلام عليه بأن كان بالغا عاقلا أو صبيا مميزا أو معتوها مميزا ، فإن أبى أن يســلم فرّق بينهما القضاء لأن المســلمة لا يصح أن تكون زوجة لغير مسلم ، و إن أسلم فزواجهما باق على حاله مادام مما يقرّه الاسلام.(١)

وان كان غير أهــل لعرض الاسلام عليــه بأن كان صغيرا غير ممــيز أو مجنونا ففى الصغير غير المميز ينتظر حتى يبلغ سن التمييز، فان صار مميزا عرض عليه الاسلام كما تقــدّم . وفى المجنون يعرض الاســلام على أبو يه ، فان أســلم أحدهما تبعه ابنه واستمرت زوجيتهما ما دامت مما يقرّها الاسلام ، واذا أبى كل من أبو يه الاسلام فرّق القاضى بين الزوجين . وكذلك يفرّق بينهما اذا لم يكن للمجنون أب ولا أم بعد أن يقيم وصيا للخصومة عن المجنون يكون حكم التفريق فى مواجهته .

وانمـا فرّق فى الحكم بين الصغير غير المميز و بين المجنون لأن بلوغ الصــغير سن التمييز له أمد معلوم يمكن انتظاره ؛ ولكن شفاء المجنون ليس له وقت معلوم و ربما طال سنين عديدة فتتضرر الزوجة التى أسلمت فمنعا للضرر عنها يعرض الاسلام على أبوى زوجها المجنون فربمـا يكونان حريصين على بقاء الزوجية وتبعثهما أو أحدهما الشفقة الأبوية على الاسلام فيتبعه المجنون و يبقى الزواج .

---

(١) اذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير المســلم غائبا غيبة منقطعة لا يدرى مكانه حكم بالتفريق بينها و بينه بدون عرض الاســلام عليه لانعدام الولاية التى تمكننا من عرض الاسلام عليه (اقرأ حكم محكمة الجمالية الشرعية فى مجلة القضاء الشرعى عدد ٢ سنة أولى) .

واذا أسلمت وطلب زوجها الحضور لعرض الاسلام عليه ولم يحضر وتكرر ذلك منه اعتبر تخلفه المتكرر بعد طلبه إباء منه وفرّق بينه و بين زوجته وقد صدرت بهذا عدّة أحكام من المحاكم الشرعية المصرية .

الطـــلاق

تعريفـه ــ الطلاق فى اللغة العربية رفع القيد الحسى أو المعنوى، فكما يطلق على فك عقال البعير يطلق على إباحة إبداء الرأى ومثله الاطلاق، فالطلاق والاطلاق فى اللغة يستعملان لحل القيد حسيا كان أو معنويا، غير أن العرف قصر الإطلاق على رفع القيـد الحسى وقصر الطلاق على رفع القيد الزوجى ، ففى العرف يقال : السـجين مطلق سراحه، ولا يقال طالق سراحه ، ويقال : طلق الرجل زوجته ولا يقال اطلقها ، ولهـذا كان الاطلاق وما اشتق منـه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح بحكم العرف وسيتبين هذا .

وأما الطلاق شرعا فهو حل رباط الزوجية الصحيحة فى الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة ، تصـدر من الزوج أو نائبه أو من القاضى بناء على طلب الزوجة. أما الزوجية غير الصحيحة فلا تثبت بها رابطة شرعية تحل بالطلاق، والفرقة فيها فسخ لعقد لم يصح لا رفع لقيـد ثبت بالزواج ، ولذلك لا طلاق من زواج غير صحيح .

فاذا أراد أحد الزوجين التخلص من رابطة الزوجية لأسباب تحمله على ذلك ، فان كان هو الزوج فله أن يسـتقل بحل هذه العقدة بعبارة تصدر منـه مسندة الى زوجته تدل على طلاقها منه و رفع القيد الذى يربطهما كأن يقول لهـا أنت طالق أو زوجتى فلانة طالق ، وان كانت الزوجة فلها أن ترفع أمرها الى القضاء طالبـة تطليقها من زوجها للسبب الذى تستند اليه فى طلبها، ومتى أثبتت سببا مسوغا شرعا لتطليقها حكم لها القاضى بمـا طلبت وطلقها من زوجها .

واذا كان الطلاق الذى صدر من الزوج أو حكم به القاضى رجعيا لا تحل به عقدة الزواج فى الحال و إنمـا تحل به فى المآل أى اذا انقضت عدة المطلقة من غير

أن يراجعها مطلقها فى أثنائها ، واذا كان بائنا حلت به عقدة الزوجية فى الحال أى من حين صدوره بحيث لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين و بتراضيهما .

وقد تكون العبارة التى تصدر من المطلق صريحة فى دلالتها على معنى التطليق بحيث لا تحتمل معنى آخر مثل أنت طالق، وقد تكون كناية عن الطـلاق بحيث تحتمله وغيره ولا تتعين له إلا بالنية أو القرينة مثل أنت بائن أو أنت مطلقة .

حكمة تشريعه — شرع الطلاق فى الاسلام[1] ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجيـة اذا تبين أنها مصـدر الشقاء وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية و واجباتها وذلك لأسباب عدّة .

منها أن الزوجين قد يتبين لهما بعد المعاشرة الزوجية أن بينهما تباينا فى الأخلاق وتنافرا فى الطباع وأن ما بذلاه من البحث والتحرى فى وقت الخطبة لم يظهر الحقيقـة التى أظهرتها المعاشرة الزوجية وأنهما مع هـذا التباين والتنافر لا يتبادلان مودة ولا رحمة ولا يقوم واحد منهما بحقوق الزوجية وواجباتها . فلرفع الحرج عنهما فتح الله لهما بابا للخلاص من هذا الشقاء والتباغض ليستبدل كل منهما زوجا آخر قد يأتلف به ويتبادل معه المودة والرحمة . ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ﴾ .

ومنهـا أنه قد يتحقق الزوجان أن أهم مقاصد الزواج وهو التوالد والاستمتاع الجنسى لا توصل اليه هـذه الزوجية ، لأن بعض النساء قد تكون عقيما مع زوج وولودا مع آخر، وكذلك بعض الأزواج قد يولد له من زوجة ولا يولد له من أخرى وكم زوجين عاشا عقيمين فلما افترقا ولد له من زوجته الأخرى وولد لها من زوجها الآخر، وكذلك الشهوة الجنسية قـد تكون مفقودة لبعض النسـاء وغير مفقودة

(١) كما شرع الطلاق فى الإسلام شرع فى اليهودية والنصرانية ، غير أنه فى اليهودية لا يباح إلا لسبب من ثلاثة : الزنا ، والعقم ، وعيب الخلق والخلق . وفى النصرانية من طلق زوجته إلا لعـلة الزنا يجعلها تزنى . وفى الإسلام أبيح لأى سبب يدعو الى الخلاص .

لأخرى . فمن الحكمة أن شرع الله سبيلا لتخلص مثل هذين الزوجين من زوجية لا تحقق أغراضها .

ومنهـا أن الزوج قد يرتاب فى زوجته أو يجد فيها من العيوب الخلقية أو الخلقية ما لا يستطيع معه المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية .

ومنهـا أن الزوجة قد تجـد من زوجها ما يحملها على حل العقدة التى تربطهما كأن يمرض بداء عضال لا يمكن البرء منـه ولا معاشرته معه ، أو يضارّها بأقواله أو أفعاله أو أخلاقه، أو يكيدها بعدم الانفاق عليها، أو يعسر عن نفقتها، أو يغيب عنها المدة الطويلة بلا عذر .

فلا ريب فى أنه قد تدعو الحاجة القاهرة الى حل عقدة الزواج، وأن الحاجة قد تبعثهما معا على الرغبة فى الطلاق وقد تحمل أحدهما، فلو لم يشرع الله سبيلا لحل عقدة الزواج عند الحاجة القاهرة لنال بعض الأزواج حرج وكانت بعض الزوجيات مصدر شقاء دائم ، مع أن الله شرع الزواج ليكون مصدر معونة متبادلة ورحمة ومودة .

وإنمـا أباح الله لكل واحد من الزوجين أن يحل عقدة الزواج وحده ولم يلزم تراضيهما وتوافق إرادتهما عليه كما لزم تراضيهما على عقـده لأن الحاجة الملجئة الى الطلاق قد تدعو أحدهما إلى الخلاص ويتعنت الآخر ولا يوافقه، فزوجة المسلول أو المجذوم تريد الخلاص من زوجيته وهو لا يرضى ، وزوج المريبة يريد الخلاص من زوجيتها وهى لا ترضى . فلهذا لا يشترط تراضيهما على ايقاع الطلاق بل لكل منهما الانفراد به دفعا للضرر عن نفسه .

وإنمـا شرع للزوج أن يستقل بحل رباط الزوجية ويطلق بنفســه ولم يكن للزوجة أن تحل رباط زوجيتها إلا بواسطة القضاء لسببين :

(الأول) أن المرأة فى الغالب سريعة الانفعال شديدة التأثر تدفعها انفعالاتها إلى أبعد مدى، فلو كان حل العقدة الزوجية بيدها كانت هذه الرابطة مهدّدة بالحل

وعرضة للخطر بأوهى الأسباب، ولا ينقض هذا أن من النساء من هنّ ذوات عقل وأناة وقدرة على ضبط أنفسهن حين الغضب وأن من الرجال من يغلب عليهم الحمق ويخضعون لسلطان الغضب لأن التشريع يبنى على الغالب وما هو الشأن فى الرجال والنساء ولا يبنى على الاحاد والجزئيات .

السبب الثانى — أن الطلاق يلزم الأزواج حقوقا مالية لأنه يحل به المؤجل من الصداق وتلزمه نفقة العدّة و يضيع عليه ما أنفقه من مهر ونفقة فى الزوجية التى يحلها و يحتاج إلى بذل مال جديد لايجاد زوجية جديدة، وهذه التبعات المالية التى تترتب على الطلاق من شأنها أن تحمل الرجل على التروّى فى إيقاعه، وأما الزوجة فلا يستحق عليها بالطلاق حق مالى يحملها على التروّى فى إيقاعه .

وإنما شرع على ثلاث دفعات لتكون الأولى والثانية بمثابة إنذارين لتنبيه الزوج إلى أن يجرّب نفسه و يروضها على الصبر والاحتمال، وتنبيه الزوجة إلى أن تحسن العشرة وتجتنب ما يدعو إلى الفرقة، حتى إذا لم يفد الانذار بعد الإنذار ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى زوجيتهما خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالحقيقة أن الإسلام شرع الطلاق ليكون وسيلة إلى الخلاص من زوجية لا خير فى بقائها، ولا يمكن معها أداء حقوق ولا واجبات، وشرع إيقاعه على سنن يكفل تدارك الخطأ فيه . ولو أن الناس ساروا على سنن الشرع ولم يتعدّوا حدود الله و راعوا أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله ولم يلجأوا إليه إلا للضرورة وأوقعوه على سننه المشروع ما كان هذا النظام موضع شكاية ولا مبعث شقاء للأسرة الإسلامية لأن الأصل فيه الحظر و إباحته للضرورة والواجب أن تقدّر الضرورة بقدرها .

من يقع منه الطلاق — الذى يقع طلاقه هو الزوج العاقل البالغ المختار اختيارا صحيحا ، الذى يعى ما يقول، سواء كان صحيحا أو مريضا، رشيدا أو سفيها، فاذا توافرت فى الزوج هذه الشروط فهو أهل لإيقاع الطلاق، و إذا صدر الطلاق منه أو من رسوله أو وكيله وصادف محله وقع وانحل به رباط الزوجية .

أما غير الزوج أو رسوله أو وكيله فلا يملك إيقاع الطلاق، فليس للولى أن يطلق زوجة موليــه وليس للسيد أن يطلق زوجة عبده، لأن الطلاق حق شخصى للزوج لا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو تفويض .

وأما غير العاقل وهو المجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته فلا يقع طلاق واحد منهم لعــدم أهليتهم لإيقاعه لأنه تصرف لا يصح شرعا إلا من كامل العقل الذى يقدر المصلحة من إيقاعه .

وأما غير البالغ وهو الصبي مميزا أو غير مميز، فلا يقع طلاقه لأنه من التصرفات الضارة التى لا يكون الصبى أهلا لها حتى يبلغ الحلم ويتم ببلوغه عقله .

وأما غير المختار وهو المكره على الطلاق فلا يقع طلاقه لأنه ما صــدر منه عن إرادته والعبرة للقصد لا اللفظ ، لأن المكره، لم يكن الباعث له على إيقاع الطلاق إرادته ورأيه ، وإنمــا حمل عليــه بارادة المكرِه ورأيه فهو خضوعا لهــذا الباعث الخارجى وتوقيا من الخطر المهدّد به أوقع طلاقا لا يريده، فاختياره أهون الشرين اختيار غير صحيح وهو كعدمه .

وكذلك من لا يعى ما يقول وهو السكران والنائم لايقع طلاق واحد منهما لأنه لا إرادة له .

وكان العمــل جاريا على وقوع طلاق المكره والسكران إذا سكر بشرب محــرم باختياره . طبقا لمذهب الحنفية، حتى صدر القانون رقم ٢٥ ســنة ١٩٢٩، ونص فى المــادة رقم (١) منه على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره — وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد وعليه عمل المحاكم الشرعية المصرية .

ولا فرق فى الأهلية لإيقاع الطلاق بين الزوج الصحيح والزوج المريض لأن المرض ما دام لم يؤثر فى العقل لا يعدم الأهلية ولا ينقصها .

ولا بين الرشيد والمحجور عليه للسفه، ولا بين الجادّ والهازل، ولا بين القاصد والمخطئ والغافل والساهى، لأن كل واحد من هؤلاء عاقل بالغ مختار يعى ما يقول، والسفه والهزل والخطأ والغفلة والسهو لا يعدم الأهلية ولا ينقصها (١).

ولأن الوقوف على الحقيقة متعذر فربما لم يكن هازلا ولا خاطئا ولا غافلا ولا ساهيا وبعد أن وقع الطلاق آدعى ذلك والقضاء يبنى على الظاهر .

ولهذا نص علماؤنا على أن من نطق بالطلاق خطأ أى أراد التكلم بغير الطلاق فسبق لسانه الى الطلاق لا يقع عليه الطلاق ديانة أى فيما بينه وبين ربه، وتبقى زوجته حلالا له ، لكن اذا تنازعا أمام القضاء، فالقاضى يحكم بوقوع الطلاق لصدور صيغته ممن هو أهل لإيقاعه .

من يقع عليها الطلاق — بما أن الطلاق حل رباط الزوجية الصحيحة فهو لا يقع إلا على الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة، والمعتدة من طلاق رجعى، والمعتدّة من طلاق بائن بينونة صغرى، والمعتدّة من فرقة هى طلاق، والمعتدّة من فسخ الزواج بسبب إباء الزوجة المشركة الإسلام اذا أسلم زوجها . وبسبب ردّة أحد الزوجين عن الإسلام ، وذلك لأن الزوجة حال قيام الزوجية الصحيحة قبل وقوع أى فرقة الرابطة بينها وبين زوجها متحققة بثبوت الملك والحل معا فهى محل لوقوع الطلاق عليها، ومثلها المعتدّة من طلاق رجعى . والمعتدّة من طلاق بائن بينونة صغرى ملكها زال ولكن حلها باق، وأثر الزوجية وهو العدّة باق فهى محل لوقوع الطلاق عليها ومثلها المعتدّة من فرقة هى طلاق .

أما الأجنبية التى لم يربطها بالرجل عقد الزواج أصلا ، والتى ارتبطت به بعقد زواج غير صحيح شرعا ، والتى طلقت وزال أثر زوجيتها بانقضاء عدّتها . والمعتدّة من طلاق بائن بينونة كبرى، والمعتدّة من فسخ الزواج بسبب غير السببين السابقين

(١) السفيه هو المبذر المسرف الذى يصرف ماله فى غير مصلحة . والهازل من ينطق باللفظ لاعبا غير قاصد معناه وآثاره . والمخطئ من يريد النطق بغير الطلاق فيسبق لسانه الى الطلاق . والغافل والساهى من صدر منه لفظ الطلاق غافلا عن المقصود منه .

كالفسخ بخيار البلوغ، أو لنقصان المهر عن مهر المثل[1]، فليست واحدة منهن محلا لوقوع الطلاق عليها، فلو قال الرجل لواحدة منهن أنت طالق فهـو قول لغو بحيث لو عقد عليها ملك ثلاث طلقات .

وبمـا أن المطلقة قبل الدخول تبين ولا عدّة عليها فتكون أجنبية من مطلقها بمجرّد الطلاق فلا تكون محلا لطلاقه بعد ذلك لأنها لا هى زوجته ولا معتدّته .

وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته المدخول بها حقيقة أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . وقعت عليها ثلاث طلقات لأن الأولى صادفتها والزوجية قائمة حقيقة، والثانية والثالثـة صادفتاها وهى فى العـدّة ، فكانت محلا لوقوع الطلقات الثلاث فوقعن، لأن كل جملة من هذه الثلاث صيغة تامة لانشاء الطلاق صدرت مرة بعد مرة من زوج أهل لإيقاعه وصادفت محلا لوقوعه .

أما لو قال لزوجته غير المدخول بهـا حقيقة أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . وقعت بالأولى فقط طلقة بائنـة لأنها صادفتها والزوجية قائمة، أما الثانية والثالثة فهما لغو لا يقع بهما شىء لأنهما صادفتاها وهى ليست زوجته ولا معتدّته .

وقد أوجبت المـادة ٣٢ من لائحة المأذونين على من يباشر إشهاد الطلاق أن يذكر فى إشهاد الطلاق تاريخ الزواج والجهة التى حرر فيهـا، والذى باشره، وإلا وجب قيد تصادق على الزوجية أوّلا ثم إثبات الطلاق بعد ذلك، والغرض من هذا التحقق قبل إيقاع الطلاق من أن المطلقة محل لوقوعه .

---

(١) فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج، أو لنقصان المهر عن مهر المثـل، أو بخيار البلوغ، أو بسبب ظهور عدم صحة العقد لفقد شرط من شروطه يرجع كله الى نقض العقد من أصله، فلا تكون المعتدّة منه محلا للطلاق لأن الطلاق رفع القيد الثابت بالعقد الصحيح . وأما فسخ الزواج بسبب ردّة أحد الزوجين أو إباء الزوجة الاسلام فهو لطارى طرأ يمنع بقاء العقد بعد أن وقع صحيحا، ولهذا فرق بين الفسخ بهذين السببين والفسخ بغـيرهما ، لأن المعتدّة من فسخ بأحد هذين السببين لاتزال مرتبطة بزوجها بعدّة هى أثر لزوجية صحيحة، فتكون محلا لطلاقه بحيث لو قال لهـا وهى فى العدّة أنت طالق وقع عليها ولو كان مسبوقا بطلقتين بانت بينونة كبرى .

ما يقع به الطلاق — يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أى لغة، و بما يقوم مقام اللفظ من كتابة و إشارة .

فاللفظ قد يكون صريحا إذا كان يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق ، ولا يستعمل عرفا إلا فيه . مثل أنت طالق ومطلّقة وكل مشتقات الطلاق والتطليق وكل لفظ استعمله الناس لرفع قيد الزواج مثل علىَّ الحرام .

وقد يكون كناية إذا كان يحتمل معنى الطلاق وغيره ولم يتعارف فى الاستعمال قصره على معنى الطلاق مثل أنت بائن — أنت على حرام — أمرك بيدك ، لأن بائن يحتمل البينونة عن العصمة والبينونة عن الشر . وحرام يحتمل حرمة المتعة بها وحرمة إيذائها ، وأمرك بيدك يحتمل تمليكها عصمتها وتمليكها حرّية التصرف فى شأنها ، وهكذا كل لفظ كنائى .

والصريح يقع به الطلاق بدون توقف على نيتــه ، لأنه ظاهر الدلالة ومعناه متعين وغير محتاج إلى نية تبين المراد منه ، حتى لو قال الناطق باللفظ الصريح لم أنو به الطلاق وإنما نويت معنى آخر لا يصدق قضاء و يقع عليه الطلاق ، وأما الكناية فلا يقع الطلاق بها إلا بنيتــه لأن اللفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره ، والذى يعين إرادة الطلاق به هو نيــة المطلق حتى لو قال الناطق بالكناية لم أنو الطلاق و إنمــا نويت معنى آخر يصدق قضاء ولا يقع عليه الطلاق .

وهذا هو الذى عليه العمل الآن وهو مذهب مالك والشافعى وهو المنصوص عليــه فى المــادة ٤ من القانون رقم ٢٥ لســنة ١٩٢٩ ، ونصها " كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيرها لا يقع بها الطلاق إلا بالنية " .

وعلى مذهب أبى حنيفة يقع الطلاق بها بالنية أو دلالة الحــال ، فعنده تقوم قرينة الحال مقام النية ، وعلى ما عليه العمل لا بد من النية حتى لو قال الناطق بالكناية لم أنو الطلاق لا يقع مهما كانت الحال .

ويقوم مقـام اللفظ الكتابة ولو كان الكاتب قادرا على النطق ، فمن أراد أن يطلق زوجته فله أن يشافهها به وله أن يكتبه اليها .

والكتابة المستبينة المرسومة كألفاظ الصريح يقع بها الطلاق بدون توقف على نية، والكتابة المستبينة غير المرسومة كألفاظ الكنايات لا يقع الطلاق بها إلا بالنية.

والكتابة غير المستبينة لا عبرة بها ولا يقع بها طلاق .

والمراد بالمستبينة البين أثرها بحيث تقرأ فى صحيفة ونحوها، وغير المستبينة ما لا يبين لها أثر كالكتابة فى الهواء أو على المـاء .

والمراد بالمرسومة المكتوبة برسم الزوجة وعنوانها الخاص بها كأن يكتب — إلى زوجتى فلانة . أما بعد أن علمت من أمرك ما علمت فأنت طالق، وغير المرسومة ما لم نكن بعنوان خاص كأن توجد ورقة مكتوب فيها بخط الزوج فلانة طالق وفلانة اسم زوجته، ولا يدرى إن كانت هذه العبارة كتبها لإيقاع الطلاق، أو لتجربة قلم أو مداد، فلا بد من النية ليتعين المقصود .

ويقوم مقام اللفظ أيضا إشارة الأخرس المعهودة فى الدلالة على قصده لإيقاع الطلاق . والراجح أنه لا يقع طلاقه بالإشارة إلا إذا كان لا يعرف الكتابة . أما إذا كان قادرا على الكتابة فلا يكتفى بالإشارة لأن الكتابة أدل على المراد ، والإشارة أداة تفهيم يكتفى بها للضرورة ومع القدرة على الكتابة لا ضرورة .

ويشترط لوقوع الطلاق أن يكون لفظه مضافا أى مسندا إلى الزوجة إضافة حقيقيـة أو معنوية فالإضافة الحقيقية مثـل أنت طالق أو زوجتى فلانة طالق ، والإضافة المعنوية مثل علىّ الطلاق على رأى من يوقع به لأن معناه يلزمنى طلاقك.

عدد الطلقات — يعتبر عدد الطلقات بالزوجات لا بالأزواج فاذا كانت الزوجة حرة ملك عليها زوجها ثلاث طلقات سـواء كان هو حرا أو عبـدا ، وإذا كانت الزوجة أمة ملك عليها زوجها طلقتين سواء كان هو حرا أو عبدا .

قال الله تعالى فى سـورة البقرة ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ، الى أن قال : فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْـدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ دلت هذه الآية على أمور :

(أحدها) أن عدد الطلقات ثلاث فقط، لأنها رتبت على كل مرة من المرتين إمساكا بمعروف أو تسريحا باحسان، والامساك بالمعروف يكون بالرجعة فى العدّة . والتسريح بالاحسان يكون بتركها حتى تنقضى عدّتها، ورتبت على الثالثة أنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فدل هـذا على أنه بالثالثة انتهى ملكه وحله ، فليس له إلا ثلاث طلقات .

(ثانيهـا) ما يترتب على الطلاق فى كل مرة . فالطلاق أوّل مرة وثانى مرة يترتب عليه أن يكون للزوج حق فى إمساك الزوجة بالمعروف وذلك بمراجعتها فى عدّتها أو فى التسريح بالإحسان وذلك بتركها حتى تنقضى عدّتها والطلاق للمرّة الثالثة يحرّمها عليه فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره .

ومقتضى إطلاق الآية أن لا يفرّق بين الحرّة والأمة ولكن الحديث المشهور وهو قوله صـلى الله عليه : « طلاق الأمة ثنتان وعدّتها حيضتان » . قيد إطلاق الآية ودل على أنها خاصـة بالحرّة فعـدد الطلقات ثلاث للحرّة وهو ثابت بالقرآن، وثنتان للرقيقة وهو ثابت بالسنة .

(ثالثهـا) أن هـذه الطلقات الثلاث لا تقع إلا مرة بعد مرة ولا تقع دفعة واحدة لأن معنى قوله الطلاق مرتان : التطليق مرة بعد مرة . وعلى هذا لو أوقع الثلاث مرة واحدة لا تقع الثلاث ، وإنما تقع طلقة واحدة فلو قال لزوجته أنت طالق ثلاثا أو بالثـلاث أو هكذا وأشار بأصابعه الثلاث لا تقع إلا واحدة والعدد لغو ، وهذا هو ما عليـه العمل الآن وهو الوارد بالمـادة (٣) من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩، ونصها : "الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة" .

وهذا مخالف لمذاهب الأئمة الأربعـة وموافق لمذاهب أئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدى المسلمين، وفى الأخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمل الأزواج على اتباع السنن المشروع لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة .

أحوال صيغة الطلاق — الطلاق من الاسقاطات كالعتق والإبراء وهى يصح تعليقها على الشرط، و إضافتها الى الزمن المستقبل، ولا كذلك الزواج فهو من التمليكات كالبيـع والهبة ، وهى لا يصح تعليقها على الشرط ولا إضافتها الى الزمن المستقبل .

وعلى هـذا فالطلاق إما منجز وهـو ما كانت صيغته غير معلقة على شرط ولا مضافة الى زمن مستقبل وقصد به إيقاع الطلاق فورا مثل أنت طالق ، أنت علىّ حرام . وحكم هذا أنه متى صدر من أهل لإيقاعه وصادف محلا لوقوعه وأسـند اليها وقع فى الحال وترتبت عليه آثاره بمجرد صدوره .

وأما مضاف إلى زمن مستقبل وهو ما كانت صـيغته مقرونة بوقت مستقبل قصد إيقاع الطلاق حين حاوله مثل أنت طالق غدا أو أول الشهر المقبل ، وحكم هـذا أنه متى صدر من أهله وصادف محله انعقد فى الحال سببا للطلاق، ولكنه لا يقع ولا تترتب عليه آثاره إلا حين حلول الزمن المضاف اليه الطلاق، فلا يقع على زوجته الطلاق الا إذا جاء الغـد أو أول الشهر المعين بشرط أن تكون حين حلول الوقت المضاف اليه لا تزال محلا لوقوع الطلاق عليها حتى يصادف الوقوع محله .

وأما معلق وهو كانت صيغته معلقا فيها حصول الطلاق على حصول شىء آخر بأداة من أدوات التعليق مثل إن خرجت من منزلى بغير إذنى فأنت طالق ، وحكم هذا على ما عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية أنه إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشىء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه فهو لغو لا يقع به الطلاق، وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول

الشرط لأنه لا يريد المقام، مع زوجته عند حصوله، مثل إن مرضت بالسل فأنت طالق، فهذا يقع به الطلاق عند وجود الشرط المعلق عليه (١).

وأما طلاق على صيغة اليمين أى مقصود به تقوية العزم على فعل شيء مستقبل أو تركه أو تقوية تصديقه فى الأخبار عن شيء مضى، مثل على الطلاق لأسافرن غدا أو لا أسافر غدا أو ما سافرت أمس، وحكم هذا الطلاق الوارد على صيغة اليمين على ما عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية أنه لغو لا يقع به شيء لأنه ليس الغرض به حل قيد الزواج، بل حمل نفسه على فعل أو ترك أو حمل مخاطبه على شيء.

فالمنجز، والمضاف الى زمن مستقبل، والمعلق الذى لا يقصد به مجرد التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه : يقع بها الطلاق إما فورا، أو حين حلول الزمن، أو عند وجود الشرط.

وأما المعلق المقصود به الحمل على فعل شيء أو تركه، واليمين، فهما لغو لا يقع بواحد منهما الطلاق.

وهذا هو الجارى عليه العمل الآن وهو الوارد بالمادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ونصها : "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير".

والتعليق المقصود به حصول الطلاق عند حصول المعلق عليه إنما يصح ويترتب عليه وقوع الطلاق بشرطين :

---

(١) وكون التعليق مقصودا به مجرد التخويف والتهديد والحمل على فعل شيء أو تركه، أو مقصودا به حل رابطة الزوجية اذا حصل المعلق عليه، يرجع فى بيانه الى قصد المعلق والى مادة صيغة التعليق لأن مثل قوله إن مات ابنى فأنت طالق لا يحتمل قصد الحمل على فعل شيء أو تركه كما يحتمله قوله إن زرت فلانة فأنت طالق.

(الأول) أن يكون المعلق عليه معدوما وقت التعليق على خطر التحقق فى المستقبل لأنه إن كان محققا وقت التعليق كان تعليقا صـوريا وكانت الصـيغة منجزة ووقع بها الطلاق فى الحـال، مثل قوله إن كانت الشمس طالعة فأنت طالق والحال أنها طالعة .

وإن كان مستحيلا تحققه فهو لغو لا يقع به طلاق، مثل قوله إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق لأن الغرض من مثل هذا القول المبالغة فى نفى الطلاق لا إيقاع الطلاق .

(الثـانى) أن يحصـل التعليق ويوجد الشرط المعلق عليه والمرأة محـل لوقوع للطلاق عليها بأن كانت زوجة أو معتدّة لغير بائن بينونة كبرى ، فمن قال لأجنبية منه إن مات أبوك فأنت طالق ثم تزوّجها ثم مات أبوها لا يقع عليها الطلاق المعلق، لأنهـا وقت التعليق لم تكن محلا له ، ومن قال لزوجته إن مات أبوك فأنت طالق ثم نجز عليها طلاقا وبعد انقضاء عدّتها منه مات أبوها لا يقع عليها الطلاق المعلق، لأنهـا وقت وجود الشرط لم تكن محلا له، فلا بد أن تكون المعلق طلاقها محلا للطلاق وقت انعقاد السبب وهـو وقت التعليق ووقت ترتب الحكم وهـو وقت وجود الشرط .

متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بائنا

الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة يكون رجعيا فى حالة واحدة وهى ما اذا كان سببه عدم إنفاق الزوج على زوجته أو عسره .

ويكون بائنا فيما عدا ذلك من الأحوال التى يوقع فيها القاضى الطلاق كالتطليق للضرر وللعيب وللمرض ولغيبة الزوج أو سجنه على ما سيبين بعد .

وأما الطلاق الذى يوقعـه الزوج فيكون كله رجعيـا إلا فى حالات ثلاث : الطلاق قبل الدخول حقيقـة، والطلاق فى مقابلة مال، والطلاق المكمل للثلاث.

فكل طلاق من الزوج رجعى إلا فى هذه الثلاث، ولافرق بين صريح اللفظ وكنايته إلا فى أن الصريح لا يحتاج الوقوع به الى نية. والثانى يحتاج اليها والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بإحْسَانٍ﴾ فقد دلت هذه الآية على أن الطلاق المشروع مرة بعد مرة ورتبت عقب الطلاق فى كل مرة حقا للزوج فى إمساك زوجته بمعروف، وإمساكها بالمعروف يكون بمراجعتها فى عدتها، وإنما يكون له هذا الحق فى مراجعتها اذا كان الطلاق رجعيا، فالطلاق المشروع هو الرجعى مرة بعد مرة وهذا معنى قول الفقهاء الطلاق شرع معقبا للرجعة، واستثنيت الحالات الثلاث التى وقع الطلاق فيها بائنا بالنص .

أما الطلاق قبل الدخول حقيقة فلقوله تعالى فى سورة الأحزاب : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ . واذا كانت المطلقة قبل الدخول بها لا عدّة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعيا، لأن المراجعة لاتكون إلا فى العدّة، وبما أنه لا عدّة عليها فلا مراجعة لها فطلاقها بائن ، والمطلقة بعد الخلوة طلاقها بائن أيضا، والعدّة الواجبة عليها للاحتياط لا للمراجعة .

وأما الطلاق فى مقابل مال فلقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . سمى الله سبحانه إعطاء الزوجة مالا لزوجها فى مقابل طلاقها افتداء، والافتداء انما يتحقق بخلاصها منه، والخلاص انما يتحقق بالبائن ، ولأن الزوجة اذا طلبت من زوجها أن يطلقها فى مقابلة أن تعطيه مائة جنيه، أو فى مقابل أن تبرئه من مؤخر صداقها، أو من نفقة عدتها، فانها إنما تلتزم بالعوض لتخلص لها عصمتها، فاذا طلقها فى مقابل ما التزمت به استحق هو العوض واستحقت هى الخلاص من عصمته وهذا الخلاص لا يكون إلا بالبائن .

وأما الطلاق المكمل للثلاث فلأن الله سبحانه بعد أن رتب على الطلاق فى كل مرة من المرتين الأوليين الإمساك بالمعروف رتب على الطلاق فى المرة الثالثة نفى

حلها له حتى تنكح زوجا غيره، فقال سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . فدل على أن الطلاق فى المرة الثالثة تبين به المطلقة، وتحرم به على مطلقها حرمة مؤقتة .

فكل طلاق من الزوج يكون رجعيا إلا فى هـذه الحالات الثلاث فانه يكون بائنا . وكل طلاق من القاضى بناء على طلب الزوجة يكون بائنا إلا فى حالة واحدة وهى ما إذا كان سبب التطليق عدم الانفاق فانه يكون رجعيا، فلو أيسر الزوج واستعدّ للانفاق فله مراجعتها ما دامت فى العدّة .

وهذا هو الجارى عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية وهو مذهب مالك والشافعى وهو الوارد فى المـادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ ، ونصها "كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٣٠" .

وأما مذهب الحنفية الذى كان عليه العمل قبل هـذا القانون فكل طلاق من الزوج يقع رجعيا إلا فى سبع حالات : الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة مثل أنت طالق طلقة شديدة أو بائنة أو لا رجعة فيها ، والطلاق المقرون بأفعل تفضيل يدل على البينونة مثل أنت طالق أشـدّ الطلاق أو أكبره أو أسوأه ، والطلاق المشـبه بمـا يدل على البينونة مثل أنت طالق طلقة كالجبل أو كأشدّ ما يكون من الطلاق، والطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات إذا اقترنت به النية أو دلالة الحـال مثل أنت بائن أو خلية أو برية أو بتة . ففى هذه الحالات السبع يكون الطلاق بائنا عند الحنفية، ودليلهم على وقوعه بائنا فى الحالات الثلاث الأولى ما قدّمناه من نصوص القرآن . ودليلهم على وقوعه بائنـا فى الحالات الأربع الباقيـة أن المطلق استعمل لإيقاع الطلاق صيغة لا تدل على الرجعى، لأن اللفظ الذى عبر به أو الوصف الذى

وصف به أو التشبيه الذى شبه به ينافى الرجعى، و بمـا أن الطلان يتنوع الى رجعى وبائن وهو استعمل صيغة لا تحتمل الرجعى فيتعين البائن .

ولكن ما عليه العمل الآن هو الذى تدل عليه نصوص القرآن والمطلق لا يملك تغيير المشروع. والمشروع هو الطلاق الرجعى إلا فيما استثنى، فكل لفظ أو وصف أو تشبيه يقصد به تغيير المشروع فهو لغو وكأن الصيغة صدرت غير مقرونة به فيقع به الطلاق على ما شرع وهو الرجعى .

حكم الطلاق — أما حكمـه بمعنى وصفه الشرعى من الحظر أو الإباحة فقال بعض العلماء إنه مباح لأن الله سبحانه فى عدّة آيات نفى الجنـاح والإثم عن المطلق فقال: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾، ولأن الأصل فى ماشرع الإباحة، والذى حققه الكمال ابن الهمام أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا للضرورة، وذلك لأنه قطع لرابطة الزوجية التى ارتبط بها الزوجان تحقيقا لعدّة مصالح دينية ودنيوية وأداءً لمـا طلبه الشارع على سبيل الندب أو الوجوب . وكل ما فيه تضييع للمصالح وتفويت للواجب أو السنة فهـو محظور، ولكن لمـا كانت الحاجة قـد تدعو الى ارتكاب هـذا المحظور اتقاء لمـا هو شر منه أباحه الشارع عند تحقق الحاجة الى الخلاص لأن الضرورات تبيح المحظورات[1] .

---

(١) وعلى هذا الاختلاف اختلفت وجهة نظر المحاكم الأهلية فى قضايا التعويض التى ترفع اليها من بعض المطلقات للحكم لهن بتعويض عمـا لحقهن من الضرر بسبب الطلاق .

ففى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ فى القضية رقم ١٢٨١ سنة ١٩٢٥ حكمت الدائرة المدنية التجارية بمحكمة مصر الابتدائية الأهليـة حضوريا بالزام المطلق بأن يدفع للمطلقة تعويضا قدره ألف جنيه ومؤخر صداقها وقدره مائة جنيه والمصاريف وأتعاب المحاماة .

ومما جاء فى أسباب حكمها "أنه قـد تعترى الزوجية أمور تكون فوق طاقة الزوجين وأهلهما فقضت حكمة المولى جل شأنه وجود مشروعية الطلاق فهو إذا حق مشروع ولكن للضرورة، وليس من المـروءة والانسانية ولا من الايمان أن يتزوّج شخص بامرأة ولغير سبب يطلقها فهو باستعماله ذلك الحق الذى أعطى له قد أساء الى الحق والى نفسه والى غيره، وليس لصاحب الحق قانونا أن يسىء الى الغير باستعماله ما خوّل له من الحقوق" وأنه " و إن كانت المحكمة لا تنازع فى أن المدعى عليه له الحق فى الطلاق فى أى وقت يشاء ونكنها تتفق مع فقهاء الشرع الشريف فى أنه يجب ألا يسىء استعمال ذلك الحق الممقوت، وليس أدل على ذلك من قوله سبحانه : (فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) . =

وقد يكون الطلاق واجبا إذا فات الامساك بالمعروف ولم يمكن أن يقيم الزوجان حدود الله سواء كان بسبب من قبله أو من قبلها ، وقد يكون مندوبا إليه إذا كانت الزوجة مؤذية أو ترتكب ما نهى الله عنـه أولا تطيعه فيما يجب عليهـا طاعته فيه، وقد يكون حراما إذا كان لغير حاجة تدعو إليه أو كان طلاق البدعة ولم يكن على السنة .

والفرق بين طلاق السنة وطلاق البدعة أن طلاق السـنة هو ما كان على سنن الطلاق المشروع من جهة كيفية إيقاعه، والحال التى تكون عليها الزوجة وقت وقوعه . فالسنن المشروع لإيقاعه مبين فى قوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ أى التطليق المشروع مرة بعد مرة يعقب كل مرة حق الزوج فى الرجعة، والسنن المشروع لحال الزوجة وقت وقوعه عليها مبين فى قوله تعـالى فى سورة الطلاق: ﴿ يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أى طلقوهن وهن مستقبلات لاعتدادهن بأن يكنَّ طاهرات فى طهر لم تحصل فيه مباشرة، لأنها إن طلقت وهى حائض فستنتظر حتى تطهر من حيضها وتتم مدّة طهرها ثم تبتدئ عدّتها من الحيضة التالية، وإن طلقت فى طهر حصل فيه وقاع فلا يدرى إن كانت

= وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ فى القضية رقم ٤٠٨ حكمت محكمة استئناف مصر العليا برفض دعوى طالبة التعويض عن طلاقها .

ومما جاء فى أسباب حكمها " أن الطلاق مباح فلا يترتب عليه فى الشريعة الإسـلامية أية مسئولية إلا الحقوق التى يخوّلها الشرع للمطلقـة من حيث المهر ونفقة العـدّة حتى لو كان الطلاق بلا سبب ، فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون مبغوضا من الله كمن يرتكب معصية دينية لأن الحقوق التى بين الإنسان وربه لا يسأل عنها فى الدنيا ولكن يسأل عنها فى الآخرة " .

أقول : الذى يؤخذ من نصوص الشريعة أن من أوقع الطلاق لغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا ، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذى جعـله له الشارع ولم يستعمل حقه على وجهه المشروع ، وإذا كان إثمه دليلا على إساءته استعمال الحق ، فكل مطلق أثم شرعا بإيقاع طلاقه فهو مسىء استعمال حقه ، فاذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر . أما اذا طلق لحاجة الى الخلاص ، أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض .

قال فى فتح القدير: وانما أبيح للحاجة ، وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره .

حملت أو لا ولا يعلم بم تعتـدّ . ففى الحالين لا تستقبل عدّتها أثر طلاقها، فطلاق السنة أن يطلقها واحدة رجعية فى طهر لم يمسها فيه .

وطلاق البدعة ما لم يكن على هذا السنن المشروع بأن يطلقها أكثر من واحدة دفعة واحدة أو يطلقها وهى حائض أو فى طهر قد مسها فيه .

ومذهب الحنفية أن من طلق طلاق البـدعة فهو آثم لمخالفته السنن المشروع ولكن طلاقه واقع ولا تنافى بين أن يكون فى الفعل إثم وبين أن يترتب أثره عليـه كالصـلاة فى ثوب مغصوب فيهـا إثم الغصب وتجزئ عن الفرض، والبيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة فيه الإثم بمخالفة قوله تعالى : « وَذَرُوا الْبَيْعَ » ويفيد التمليك . هذا هو حكم الطلاق من حيث حظره وإباحته وندبه ووجوبه .

وأما حكمه بمعنى أثره المترتب عليـه فإنه يختلف باختلاف نوع الطلاق الواقع وذلك لأن الطلاق إما رجعى وهو الطلاق فى غير حالة من الحالات الثـلاث التى بيناها، وإما بائن بينونة صغرى وهو البائن غير المكمل للثـلاث، وإما بائن بينونة كبرى وهو المكمل للثلاث ويسمى أيضا الطلاق البت . ولكل نوع من هـذه الثلاثة حكم أى أثر يترتب عليه .

فأما الطلاق الرجعى — فهو الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته التى دخل بها حقيقة، إيقاعا مجردا عن أن يكون فى مقابلة مال : ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا أو كان مسبوقا بطلقة واحدة، وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها أنه يترتب عليه أثران :

(أولهما) نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجتـه بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية، فإن كانت الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان، وإن كانت الثانية لم تبق له إلا واحدة، والمراجعة لا تمحو هذا الأثر .

(وثانيهما) تحديد الرابطة الزوجية بانقضاء العدّة بعد أن كانت غير محدّدة بمعنى أنه إذا وقع الرجعى وانقضت العدّة من غير مراجعة بانت الزوجة بانقضاء العدّة .

وهو لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكا ولا حلا بمعنى أنه لا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج ولا يجعل المطلقة محرّمة بسبب من أسباب التحريم على مطلقها فيحل له الاستمتاع بها ما دامت فى العدّة و يصير بذلك مراجعا، و إذا مات أحدهما قبل انقضاء العدّة و رثه الاخر، ونفقتها واجبة عليه، ولا يحل به مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين الموت أو الطلاق و إنمـا يحل بانقضاء العدّة . والسبب فى هذا كله أن الطلاق الرجعى لا يرفع فى الحال قيد الزواج، والزوجية بعده لا تزال قائمة وللزوج مراجعة زوجته ما دامت فى العدّة، فهو ينعقد سببا للفرقة ولكن لا يترتب عليه مسببه مادامت المطلقة فى العدّة فإذا انقضت العدّة من غير رجعة ترتب أثره و بانت منه .

والرجعة هى استدامة الزواج القائم و إلغاء عمل السبب الذى حدّد الزوجية بانقضاء العدّة ، وهى حق للزوج ما دامت مطلقته رجعيا فى العدّة ؛ لقوله تعـالى بعد أن قال والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ ، أى وأزواجهن أحق بإرجاعهن إلى عصمتهم فى ذلك الوقت الذى تربصنه، ولكونها حقا جعله الشرع للزوج لا يملك إسقاطه، فلو قال لا رجعة لى فله الرجعة، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة ولا علمها، ولا حضور شهود لها، وإنما ينبغى له أن يشهد عليها خشية أن تنكرها الزوجة بعد انقضاء عدّتها فيعجز عن إثباتها، و ينبغى له أن يعلمها بها حتى لا تتزوّج بغيره بعد انقضاء مدة العدّة ظنا منها أنها بانت بانقضائها .

وكما تكون بأى قول يصـدر منه يدل على معناها مثـل راجعتك أو راجعت زوجتى تكون بالفعل وهو الوقاع ودواعيه التى توجب حرمة المصاهرة سواء كانت منه أو منهـا ، و يشترط فى الرجعة بالقول أن تكون منجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل لأنهـا كالزواج من بعض الوجوه ، والزواج لا يقبـل الإضافة إلى الزمن المستقبل، ولا التعليق على شرط غير محقق فى الحال .

و إذا انقضت عدّة المطلقة رجعيا بانت ولا تصح مراجعتها، بل لا بدّ لإعادة زوجيتها من عقـد ومهر جديدين ، وأقل مدّة تصدق فيها الزوجة أن عدّتها

انقضت ستون يوما لأنها تحتاج إلى ثلاث حيض كاملة يتخللها طهران فللحيضات الثلاث ثلاثون يوما بمراعاة أكثر مدّة للحيض وهى عشرة أيام وللطهرين ثلاثون يوما بمراعاة أقل مدّة للطهر وهى خمسة عشر يوما ، فإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها ستون يوما فأكثر وادّعت انقضاء عدّتها صدقت بيمينها ولا تصح الرجعة بعد ذلك، وإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها أقل من ستين يوما لاتصدق فى دعواها انقضاء عدّتها وتصح مراجعتها .

واذا اختلف الزوجان فى أصل الرجعة فادّعى الزوج أنه راجعها وأنكرت الزوجة دعواه، فإن كان هذا النزاع والزوجة لاتزال فى العدّة فالقول للزوج لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال فلا معنى لتكذيبه فيه، وإن كان هذا النزاع بعد انقضاء العدّة فالبينة على مدّعى الرجعة وهو الزوج فإن لم تكن له بينة فالقول للزوجة بلا يمين .

وإذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادّعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت قبل انقضاء العدّة وأنكرت هى صحتها لأنها وقعت بعد انقضاء العدّة فالقول للزوجة بيمينها إذا كانت المدّة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدّتها يحتمل ذلك بأن كان ستين يوما فأكثر .

وأما الطلاق البائن بينونة صغرى — فهو طلاق الزوج لزوجته قبل الدخول الحقيق بها، أو طلاقه إياها فى مقابل مال تفتدى به نفسها، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا أو كان مسبوقا بطلقة واحدة ، وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها أنه يترتب عليه نقص عدد الطلقات، وإزالة قيد الزوجية فى الحال بمعنى أنه يجرّد صدوره يزيل ملك الاستمتاع الذى كان ثابتا بالزواج ولا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين بتراضى الزوجين فى العدّة وبعدها ، ولكنه لا يزيل الحل بمعنى أن المطلق بائنا بينونة صغرى يحل له أن يعقد على مبانته فى العدّة وبعدها بدون حاجة إلى زوج آخر يحلها له لأنها بالبينونة الصغرى لم يقم بها سبب من أسباب التحريم المؤبدة أو المؤقتة .

و إذا كان البائن بينونة صغرى يرفع قيـد الزواج بمجرّد صدوره فلا يحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر ولا الخـلوة به وتكون منـه بمنزلة الأجنبية، وإن مات أحدهما فى العدّة أو بعدها فلا يرثه الآخر إلا فى حالة الفرار كما سيجىء ، ويحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق .

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى ــ فهو ما كان مكملا للثلاث، وحكمه أنه يزيل فى الحال بمجرّد صدوره الملك والحل معا فلا يملك المطلق المتعة بمطلقته وتصير من المحرّمات عليه مؤقتا حتى تتزوّج زوجا غيره بزواج شرعى صحيح نافذ، ويدخل بهـا الزوج الثـانى دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتنقضى عدّتهـا منه لقوله تعـالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ ﴾ .

ولا توارث بينهما إذا مات أحدهما سواء كانت العدّة باقية أو انقضت، ويحل به مؤخر الصـداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق لانقطاع رابطة الزوجية به فى الحال .

فيؤخذ ممـا تقدّم أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا الحـل ، وأن البائن بينونة صغرى لا يزيل الحـل و يزيل الملك ، وأن البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معا .

بناء على هذا لو راجع الزوج زوجته بعد أن طلقها رجعيا أو عقد عليها عقدا جديدا بعد أن بانت منه بينونة صغرى تعود إليه بما بقى له من الطلقات لأن الحل الأوّل ما زال وكأنه هو الذى عاد فيعود بمـا بقى من عدد الطلقات . أما لو بانت بينونة كبرى ثم تزوّجها غيره و بعـد أن طلقها عقد عليها زوجها الأوّل تعود إليه بحل جديد و يملك عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثانى أنهى الحل الأوّل فالعقد الجديد أنشأ حلا جديدا كامل عدد الطلقات .

هـذا متفق عليـه، والصورة المختلف فيها هى ما إذا بانت منه بينونة صغرى وانقضت عدّتها ثم تزوّجها غيره و بعد أن طلقها عقد عليها زوجها الأوّل ، فالشيخان يقولان تعود إليـه بحل جديد لأن زواجها بالثانى قطع الحل الأوّل وأنهاه فتعود بحل مبتـدأ كالبائنة بينونة كبرى، ومحمد يقول تعود إليه بمـا بقى لأن الحل الأوّل لا يزيله إلا الزوج الثـانى بعد الطلاق الثـلاث كما هو نص الآية ، والراجح قول الشيخين . وهـذه المسئلة هى التى يعـبر عنها الفقهاء بمسألة الهدم أى هل الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث من الطلقات كما يهدم الثلاث أوْ لا .

طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت ، و يعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت أى يعجز كلا منهما عن القيام بمـا من شأنه أن يقوم به، ويغلب فيه الهلاك ، ويتصل به الموت .

فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك ، أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك، أولم يتصل به الموت بأن برئ المريض منه، لايعتبر مرض موت وتكون التصرفات فى أثنائه كتصرفات الصحيح، فلا بد لاعتباره مرض الموت من تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

وألحق بمرض الموت وجود الانسان السليم فى حالة يغلب خوف هلاكه فيها ويتصل بها الموت كمن قدم لتنفيذ حكم إعدامه ، أو خرج من صف القتال ليبارز أو كان فى سفينة اشتدت بهـا العاصفة وتلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها، فهؤلاء وأمثالهم أصحاء ولكنهم إذا تصرفوا أثناء هذه الحالة الخطرة . ثم اتصل بها الموت تعتبر تصرفاتهـم كتصرفات المريض مرض الموت .

و إذا تقادم المرض المعجز بأن مضت على المريض سنة فأكثر ولم تتغير حاله ، فتصرفاته بعـد السنة كتصرفات الصحيح، فإذا ازداد ما به من مرض ثم اتصـل الموت به، فتصرفاته بعد الزيادة تصرفات المريض مرض الموت .

فمن كان مريضا مرض الموت أو ملحقا به بأن كان فى حال يغلب فيها خوف الهلاك وطلق امرأته بائنا وهو كذلك، بلا رضاها، ومات فى مرضه أو فى حالته الخطرة بهذا السبب أو بغيره ، والزوجة لا تزال فى العدّة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته، وتبين منه من حين صـدوره . ولكنها ترثه بشرط أن تكون أهلا لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته .

و إنمـا وقع عليـه الطلاق لأنه أهل لإيقاعه ، لأن الصحيح والمريض سيان فى أهليتهـما لإيقاع الطلاق، و إنمـا ورثته مع أن المطلقـة بائنا لا ترث لانقطاع الزوجية بمجرّد الطلاق، لأنه لمـا أبانها فى مرضه أو فى حالته الخطرة اعتبر للاحتياط فارّا وهاربا من أن ترثه فيرد عليه قصده السيئ و يثبت لها الإرث .

فلو طلقها المريض رجعيا لا يعتبر فارّا لأنها ترثه فى عدّة الرجعى على كل حال، ولو طلقها بائنا برضاها لا يعتبر فارّا ولا ترثه . وكذلك لا ترثه إذا مات بعد انقضاء عدّتها لأنه لم تبق بينهما أية صلة، ولا ترثه أيضا إذا قام بها مانع من إرثه كاختلافهما دينا ، سواء قام بها المـانع وقت الإبانة أو وقت الموت أو فيما بين ذلك، فالشرط لإرثها أن تستمر أهليتها لإرثه من وقت أبانتها إلى وقت موته .

و إذا حصل سبب الفرقة من قبل الزوجة وهى مريضة مرض الموت أو ملحقة به بأن كانت فى حالة يغلب فيهـا خوف الهلاك كأن اختارت نفسها بالبلوغ ، أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة مع أحد أصوله أو فروعه وماتت وهى فى العدّة فإن الزوج يرثها لأنهـا تعتبر للاحتياط هاربة وفارّة من إرثه فيرد قصدها السيئ عليها كما يرد قصده السيئ عليه .

و يراعى أن طلاق الفار على ما عليه العمل الآن من أن الطلاق لا يكون بائنا إلا فى ثلاثة أحوال : إنما يتصوّر فيما إذا كان الطلاق الصادر منه فى مرضه او فى حالته الخطرة مكملا للثلاث، والزوجة مدخول بها لأنه هو الذى تتحقق فيه الشروط السابقة.

أما لو أبانها بالطلاق قبل الدخول فانه لا عدّة عليها ولا ترث على أى حال . ولو أبانها بالطلاق على مال فانه يكون برضاها و بقبولها التزام المال . وكذلك يتصوّر فيما إذا فعل وهو مريض ما يوجب التفريق كأن اختار نفسه بالبلوغ، أو فعل بأصولها أو فروعها ما يحرم المصاهرة .

ولم يشترط لتحقق الفرار أن يكون المطلق طائعا مختارا لأنه لو كان مكرها لا يقع طلاقه أصلا على ما عليه العمل الآن . وأما على مذهب الحنفية فيشترط لاعتبار المطلق فارّا أن يكون قد أبانها طائعا مختارا ، فلو طلقها مكرها وقع الطلاق ولا يعتبر فارا ، ولا ترث منه .

تفويض الطلاق إلى الزوجة

قدّمنا أن الطلاق حق يملكه الزوج، وكل من ملك حقا كان له أن يباشره بنفسه وأن ينيب عنه غيره فى مباشرته، فإذا أناب الزوج عنه غيره فى تطليق زوجته كان هذا توكيلا . وإذا أناب عنه زوجته فى تطليق نفسها منه كان هذا تفويضا .

فالتفويض هو تمليك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه سواء أكان هذا التمليك حين عقد الزواج أى مقترنا بإيجابه وقبوله أم بعده أى فى أثناء قيام الزوجية .

وهذا التفويض ليس تمليكا من كل وجه، ولا توكيلا من كل وجه، بل يخالف التمليك فى بعض أحكامه ويخالف التوكيل فى بعض أحكامه .

فهو يخالف التمليك فى أن التفويض لا يسلب المفوّض حق التصرف فيما فوّض فيه، فللزوج أن يطلق زوجته بعد أن يفوّض إليها تطليق نفسها مع أن المملك بعد التمليك لا يملك التصرف فيما ملكه غيره لانتهاء حقه فيه . كالبائع والواهب لا يملك واحد منهما التصرف فيما باعه أو وهبه .

ويخالفه فى أن التفويض يتم من جانب الزوج وحده ولا يتوقف تمامه على قبول الزوجة مع أن التمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول من المملك والمملك، فلو رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر صح رجوعه لأنه لما يتم العقد .

ويخالفه فى أنه يبقى إلى ما بعد مجلس الإيجاب إذا كانت الزوجة غائبة مع أنه فى التمليكات لا بد من القبول فى مجلس الإيجـاب حتى إذا كان الإيجاب والقبول ليسا فى مجلس واحد لا يتم عقد التمليك[1] .

ويخالف التوكيل فى أن المفوّض ليس له حق الرجوع عن التفويض ، ولا عزل زوجته عنه مع أن الموكل له الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل .

وفى أن التوكيل لو صدر بصيغة مطلقة لا يتقيد الوكيل بالتصرف فيما وكل فيه بمجلس التوكيل مع أن المفوّض إليها بصيغة مطلقة تتقيد بالمجلس .

فإعطاء الزوج زوجتـه الحق فى أن تطلق نفسها هو تمليك خاص يشبه التوكيل من بعض الوجوه .

صيغة التفويض — سواء كان التفويض حين عقد الزواج أو بعده فى أثناء الزوجية فإن صيغته تكون بعبارة من ثلاث ، أن يجعل لها اختيار نفسها ، بأن يقول لها . لك أن تختارى نفسك ، أو يجعل أمرها بيدها بأن يقول لها . جعلت أمرك بيدك أو يجعل لها أن تطلق نفسها بأن يقول لها لك أن تطلق نفسك .

ولا بد من مراعاة أمرين : الأول أنه إذا كان التفويض بعبارة من هذه الثلاث فى حين عقد الزواج أى مقترنا بالإيجاب والقبول ، فلا يصح إلا إذا كان البادئ بالإيجاب المقترن بشرط التفويض هو الزوجة ، كأن تقول امرأة لرجل زوجت نفسى متك على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد فيقول لها : قبلت . فبهذا القبول يتم الزواج ويصح التفويض ويكون لها الحق فى أن تطلق نفسها كلما أرادت لأن قبوله ينصرف إلى الزواج ، ثم إلى التفويض .

أما إذا كان البادئ بالإيجـاب المقترن بالتفويض هو الزوج كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك على أن تكون عصمتك بيدك تطلقين نفسك كلما أردت فتقول :

---

(١) نص الفقهاء على أن التمليك إذا كان لغائب فمجلس الإيجاب هو مجلس وصـول الكتاب به أو الرسول إلى الغائب ، وعلى هذا تملك المفوض إليها إيقاع الطلاق فيه لأنه هو فى الحقيقة مجلس التفويض . فمجلس التفويض هو مجلس صدور الإيجاب للحاضرة ومجلس العلم للغائبة .

قبلت . فبهذا يتم الزواج ولا يصح التفويض،ولا يكون للزوجة أن تطلق نفسها . والفرق أنه فى الصورة الأولى قبل الزوج التفويض بعد تمام العقد فيكون قد ملَّك التطليق بعد أن ملَكه بتمـام عقد الزواج، وأما فى الثانية فإنه ملَّك التطليق قبل أن يملكه لأنه ملَّكه قبل تمام عقد الزواج إذ لم يصدر إلا الإيجاب وحده .

(الأمر الثـانى) أن العبارتين الأوليين من عبارات التفويض الثلاث وهما جعله لهـا أن تختار نفسها وجعله أمرها بيدها هما من كنايات الطلاق فلا يثبت التفويض بهـما إلا إذا نوى تفويض الطلاق . والعبارة الثالثـة وهى جعله لهـا أن تطلق نفسها هى من الصريح لا يتوقف ثبوت التفويض بها على النية .

وسواء أكان التفويض إليها بالصريح أم بالكناية فإنها إذا طلقت نفسها بمقتضى هذا التفويض أولى الطلقات أو الثانية وكانت مدخولا بها حقيقة تقع عليها طلقة رجعية،و إن كانت غير مدخول بها حقيقة تقع عليها طلقة بائنة لأن المفوّض لو طلق زوجته بعد الدخول بهـا بلفظ صريح أو كناية طلاقا مجردا عن العوض يقع طلاق رجعى، ولو طلق قبل الدخول يقع طلاق بائن فهى تملك بالتفويض ما يملكه هو لأنها تستمد الحق منه .

أحوال صيغة التفويض — وكل عبارة من عبارات التفويض الثلاث سواء كانت حين العقد أو بعده قد تكون مقرونة بمـا يدل على التعميم وعدم تقييد التفويض بوقت كأن يجعل لها أن تختار نفسها متى شاءت أو يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها كلما أرادت . وفى هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى أى وقت سواء أكانت حاضرة حين التفويض لها أم غائبة لأنه ملكها هذا الحق تمليكا عاما فتملكه ملكا عاما فى أى وقت شاءت بمقتضى قيد التعميم الذى قرنه بصيغة التفويض .

وقد تكون العبارة مقـرونة بمـا يدل على توقيت التفويض بوقت معين كأن يجعل لها أمرها بيدها مدة سنة معينة أو يجعل لها أن تطلق نفسها ما دام مسافرا . وفى هـذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى الوقت المعين فقط، وأما بعـد مضيه

فلا حق لهـا فى التطايق ، حتى لو كانت غائبـة حين التفويض ولم تعلم به إلا بعد فوات وقته المعين ليس لهـا أن تطلق نفسها لأن مالك الحق ملكه إياها على وجه خاص فلا تملكه فى غيره .

وقد تكون عبـارة التفويض مطلقة عن قيـد يدل على التعميم وعن التوقيت بزمن معين كأن يجعل لهـا أمرها بيـدها أو أن تختار نفسها أو تطلق نفسها ولم يزد على الصيغة شيئا ، وفى هـذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى مجلس التفـويض فقط إن كانت حاضرة فيه ، وإن كانت غائبة عنه ، كان لها ذلك الحق فى مجلس علمها به فقط حتى لو انتهى أو تغـير مجلس التفويض ، أو مجلس العلم ولم تطلق نفسها لم يكن لها هـذا الحق بعد ذلك لأن الصيغة مطلقة فتنصرف إلى المجلس فإذا فات فلا تمليـك[1] .

الخُلع

تعريفـــه — الخلع هو حل عقدة الزوجيـة بلفظ الخلع أو ما فى معناه ، فى مقابلة عوض تلتزم به الزوجة ، كأن يقول الزوج لزوجتـه خالعتك على مائة جنيه فتقول : قبلت . فبمجرد قبولهـا تطلق بائنا ، وتلزمها المـائة ، وتترتب سائر أحكام الخلع التى ستبين بعد ، فلا يتحقق الخلع شرعا وتترتب عليه أحكامه إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو ما فى معناه وكان فى مقابلة مال ، فإذا قال لهـا خلعتك

---

(١) صدر من بعض المحاكم الشرعية المصرية الجزئية حكم بنى على أن التفويض إذا كان فى حين عقد الزواج وبصيغة مطلقـة لا يتقيد بالمجلس ، وللزوجة أن تطلق نفسها متى شاءت وإلا خلا التفويض من الفائدة ، وأيد هذا الحكم استئنافيا .

وهـذا الحكم ظاهره مخالف لما ذكر من أن صيغة التفويض المطلقة تفيد التمليك فى المجلس فقط ، إلا أن يقال إن التفويض إذا كان فى حين عقد الزواج فهو مقترن بقرينة حالية تدل على التعميم إذ لا يعقل أن يقصـد المفوض تمليكها تطايق نفسها فى نفس مجلس زواجها ، فالصيغة بدلالة الحال تفيد التعميم وهم لم يشترطوا أن يدل على تعميم التفويض دليل لفظى فيشمل دلالة الحال ودلالة اللفظ فتكون الصيغة المطلقة حين العقد فى معنى صيغة التفويض المقرونة بما يفيد التعميم فهى مطلقة لفظا فقط ، ولكنها تفيد التعميم بقرينة الحال .

ولم يذكر عوضا لحكم هذا حكم ما إذا قال لها أبنتك أو خلصتك أو حرمتك أو أى لفظ من ألفاظ الكنايات إن نوى به الطلاق وقعت طلقة رجعية على ما عليه العمل الآن، ولا يلزمها مال ولا تترتب أحكام الخلع ، وإن لم ينو الطلاق لا يقع شىء، وإذا حل عقدة الزوجية فى مقابلة مال لكن لا بلفظ الخلع أو مافى معناه، كأن قال لها أنت طالق أو خالصة على مائة جنيه فقالت : قبلت فبمجرد قبولها تطلق بائنا وتلزمها المائة ولا تترتب سائر أحكام الخلع، فلفظ الخلع الذى لايتوقف على قبول الزوجة ولا يقترن بعوض إذا نوى به الطلاق، كلفظ الطلاق مجردا عن العوض يقع به طلاق رجعى . ولفظ الخلع أو ما فى معناه فى مقابلة عوض هو الخلع الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه . ولفظ الطلاق فى مقابلة مال هو طلاق بائن يجب به المال على الزوجة ولا تسقط به الحقوق المالية التى تسقط بالخلع .

شرطه — وشرطه أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه لأنه كما تبين من تعريفه نوع من الطلاق على مال .

صفته — وصفته أنه من جانب الزوج يمين، ومن جانب الزوجة معاوضة . ومعنى هذا أن الزوج يقصد منه تعليق طلاقها على قبولها إعطاءه البدل فهو منه بمنزلة تعليق الطلاق على قبولها والتعليق يمين، والزوجة تقصد افتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبدل الذى تدفعة فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة[1] . ويترتب على هذا أنه تراعى فيه أحكام اليمين من جانبه، وأحكام المعاوضة من جانبها، ويتبين ذلك فيما يأتى :

(١) إذا ابتدأ الزوج بالخلع فقال لها خلعتك على عشرين جنيها لا يملك الرجوع عن هذا الايجاب قبل قبولها، ولا يبطل إيجابه بقيامه أو قيامها من المجلس قبل القبول لأن اليمين تلزمه بمجرد صدورها . ولكن إذا ابتدأت الزوجة بالخلع

(١) إذا قال لها خالعتك على مائة، فإن قوله هذا معناه إن أديت لى مائة خلعتك من عصمتى فهو تعليق طلاقها على التزامها أداء البدل والتعليق يمين ، وإذا قالت هى قبلت فهذا معناه رضيت أن أشترى عصمتى منك بهذا البدل فهى معاوضة منها .

فقالت له اختلعت نفسى منك على عشرين جنيها أدفعهـا لك، فلها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبوله و يبطل إيجابها بقيامها أو قيامه من المجلس قبل قبوله لأن المعاوضة ما لم تتم بالإيجاب والقبول فى المجلس فالموجب فى حل من إيجابه .

(٢) للزوج المخالع أن يعلق الخلع على شرط ، وأن يضيفه إلى زمن مستقبل كان يقول إن سافرت فقد خلعتك على عشرين جنيها أو خلعتك على عشرين جنيها فى آخر هـذا الشهر لأنه من جانبه يمين واليمين تقبل التعليق والإضـافة إلى زمن مسـتقبل ، فلو قبلت الزوجة حين وجود الشرط المعلق عليـه أو حلول الوقت المضاف إليـه وقع الطلاق ولزمها المـال وترتبت آثار الخلع ، ولكن ليس للزوجة أن تعلق الخلع على الشرط أو تضيفه إلى الزمن المستقبل، لأنه من جانبها تمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

(٣) يشـترط فى الزوجة أن تكون فى إيجابها الخلع أو قبولهـا له راضـية غير مكرهة عليـه وأن تكون عالمة بمعناه لأن شرط صحة المعاوضات التراضى والعلم بمعنى عباراتها، و يصح لهـا أن تشترط الخيار لنفسها فى إيجابه أو قبوله مدة معينة لأن المعاوضات يصح شرط الخيار فيها، وأما الزوج فلكونه يمينا من جانبه لا يصح شرط الخيـار له لا فى إيجابه ولا فى قبـوله ، وعلى مذهب الحنفية يعتبر منه تعليقا صحيحا ولو كان مكرها عليه لأن يمين المكره عندهم منعقدة .

أحوال صيغته — إذا خالعها بقوله خلعتك بلا ذكر بدل كان هذا كقوله خلصتك لا يتوقف وقوع الطلاق به على قبولهـا، بل إن نوى الطلاق وقع، وإن لم ينوه لم يقع فهو لفظ منجز من ألفاظ الكنايات .

وإذا خالعها بقوله خلعتك على عشرين جنيها توقف وقوع الطلاق على قبولهـا لأنه كما تقدّم بمنزلة طلاق معلق على شرط فلا يقع إلا عند قبولها دفع البدل .

وإذا خالعها بصيغة المفاعلة أو بصيغة الأمر بأن قال لها خالعتك أو اختلعى، فسواء ذكر مالا مع صـيغة منهما أو لم يذكر مالا لا يقع الطلاق إلا بقبولهـا ،

أما فى حالتى ذكر المال فالعلة واضحة لأنه علق خلعها على قبولها المال ، وأما فى حالتى عدم ذكر المال ، فلأن الصيغة نفسها وهى المفاعلة أو الأمر تقتضى لزوم قبولها لأن المفاعلة تقتضى المشاركة وهى لا تتم بعبارة واحدة ولأن الأمر بمنزلة التفويض إليها فما لم تقبل فهى لم تباشر ما فوّض إليها فلا يقع طلاق . ففى خمس حالات يتوقف الخلع على قبولها وفى واحدة لا يتوقف .

بـــدله — وبدل الخلع يصح من كل مايصح تسميته مهرا أى من كل مال معلوم متقوّم فى حق الزوجين . وليس له نهاية صغرى ولا نهاية كبرى بل يصح الخلع ببدل قليل أو كثير سواء كان دون المهر الذى تزاوجا به أو مساويا له أو أكثر منه . فالبدل الذى يتراضى عليه الزوجان أيا كان قدره يكون ملكا للزوج ملزمة به الزوجة لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ أى فلا جناح ولا إثم على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت .

ففى القضاء يملك الزوج البدل بالغا قدره ما بلغ لأنه أسقط حقه فى مقابل عوض التزمت به الزوجة برضاها وهى أهل لالتزامه، ولا فرق بين أن يكون النشوز الذى أدى إلى الاختلاع من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو منهما .

وأما ديانة فإذا كان النشوز من جانب الزوج وهو الذى رغب فى الفرقة ليستبدل زوجة مكان زوجة فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا فى مقابل طلاقها لا قليلا ولا كثيرا حتى لا يجمع عليها بين إيحاشها بفرقة ليست هى الباعثة عليها وبين أخذ بدل منها، وهذا صريح قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا . أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا . وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ .

و إذا كان النشوز منهما أو منها وحدها فلا جناح ولا إثم على الزوج فى أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى فى سورة البقرة: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . ولكن لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه لها مهرا لما روى أن جميلة بنت عبد الله بن أبى : كانت زوجة ثابت بن قيس بن شماس وكانت تبغضه وهو يحبها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : لا أنا ولا ثابت لا يجمع رأسى ورأسه شيء والله ما أعيب عليه فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ، ما أطيقه بغضا ، وكان قد أصدقها حديقة فقال : أتردين عليه حديقته قالت : نعم وزيادة ، فقال الرسول أما الزيادة فلا . فاختلعت منه بمهرها فقط .

ففى الديانة اذا أخذ الزوج أى عوض فى الحال الأولى أو أخذ زيادة عما أمهرها فى الحال الثانية لا يطيب له ما أخذ ويملكه ملكا خبيثا .

و يصح أن يكون بدل الخلع إرضاع الطفل مدّة الرضاعة كأن يقول لها خالعتك على أن ترضعى ابنى منك مدّة السنتين بلا أجر فتقول قبلت لأن الرضاعة منفعة متقوّمة يستحق فى مقابلتها المال، وأجرتها حق خالص لها فعليها أن ترضعه بغير أجرة المدّة المحدّدة حتى لو لم ترضع لوفاة الطفل أو هربها أو وفاتها كان له الرجوع بقيمة الرضاعة عن المدّة أو ما بقى منها .

و يصح أن يكون بدل الخلع نفقة ابنه الصغير منها كأن يقول لها خالعتك على أن تنفق على ابنى من الآن حتى يبلغ سبع سنين فتقول قبلت فيلزمها الإنفاق عليه فى المدّة المحدودة ،حتى إذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد او وفاتها أو امتناعها كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدّة أو ما بقى منها .

ويصح أن يكون بدل الخلع حضانة ابنه منها مدّة حضانته بلا أجر،لأن حضانتها الصغير فى مدّة الحضانة منفعة متقوّمة يستحق فى مقابلتها المال كإرضاعه،وأجرتها حق خالص لها وإذا لم تقم بحضانته لوفاته أو وفاتها أو خروجها عن أهلية الحضانة أو امتناعها رجع عليها بقيمة الحضانة فى المدّة أو فيما بقى منها .

ولا يصح الخلع على أن تمسك الصغير عندها بعد تجاوز سن الحضانة إلى أن يبلغ الحلم، لأن ذلك تراض على إضاعة حق الصغير، لأن الشارع مراعاة لمصلحته جعل الحق فى إمساكه بعد تجاوز سنّ الحضانة للأب لا للأم، فالتراضى على أن يكون إمساكه للأم لا للأب غير صحيح، كما إذا تراضيا على أن يكون الصغير أو الصغيرة فى مدّة الحضانة بيد الأب لا الأم . أما إذا اختلعت على إمساك بنتها عندها إلى أن تبلغ الحلم فلها ذلك لأنه ليس فيه إضرار بالبنت .

وهذا هو الوارد بالمادة ٢٨٧ من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم محمد قدرى باشا، ولكن الظاهر ألا يفرق بين البنت والغلام، فالاتفاق على إمساك أحدهما بعد تجاوزه سنّ الحضانة إلى بلوغ الحلم بيد الأم يكون باطلا ، كالاتفاق على إمساكهما مدّة الحضانة بيد الأب لأن الشرع جعل لكل مدّة يدا بلا فرق بين بنت وغلام .

حكمه — وحكمه أنه متى تحقق معناه الشرعى بأن كان بلفظ الخلع أو ما فى معناه فى مقابلة بدل وقبلت الزوجة ترتبت عليه آثار ثلاثة : وقوع طلاق بائن لأن الطلاق فى مقابلة المال بائن، ولزوم المال فى ذمة الزوجة لأن الزوج علق طلاقه على قبولها هذا الالتزام وقد رضيت به ، وسقوط كل حق ثابت وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر مما يتعلق بالزواج الذى وقع الخلع منه ، فيسقط ما للزوجة من مهر لم تقبضه ونفقة متجمدة لم تستوفها استحقتهما من هذا الزواج، ويسقط ما للزوج من نفقة عجلها ولم تمض مدّتها ومهر سلمه إليها ولم تستحقه بتمامه فى هذه الزوجية .

وهذا هو قول الإمام وعليه الفتوى ولا فرق عنده فى إسقاط هذه الحقوق بين لفظ الخلع و بين ما فى معناه كالمبارأة، ووجه قوله أن الخلع ينبئ عن الفصل والمبارأة تنبئ عن براءة كل منهما عن الآخر ، وقد صدر كل من اللفظين غير مقيد فينصرف إلى الانفصال التام والبراءة التامة، وذلك إنما يكون بقطع آثار هذه الزوجية الحاصل

منها الخلع وسقوط الحقوق الثابتة بها . ولكن لا تسقط نفقة العدّة لأنها لم تكن حقا ثابتا وقت الخلع و إنمـا ثبتت بعـده، فلا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة فى بدل الخلع . ولا يسقط ما لأحدهما قبل الآخر من غير حقوق الزوجية كثمن مبيع أو دين قرض، ولا تسقط حقوق زوجية سابقة مثل مؤخر صداق .

وقال محمد لا يسقط بالخلع والمبارأة شيء من الحقوق و يقتصر فيهما على ما سماه الزوجان لأن المعاوضات يقتصر فيهـا على ماتم التراضى عليـه ، فيقع عليه الطلاق البائن ويلزمها البدل المسمى فقط .

وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المبارأة ومع محمد فى الخلع .

وعلى ما عليـه العمل الآن من أن نفقـة الزوجة التى سـلمت نفسها لزوجها، ولو حكما تعتبر دينا صحيحا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجو به، ولا يسـقطها إلا الأداء أو الإبراء ، وأنها لاتسقط بالطلاق ولو خلعا تكون النفقة المتجمدة للزوجة مثل نفقة عدّتهـا إذا نص على أنهـا من بدل الخلع تسقط و إن لم ينص على أنها منه لا تسقط .

ومن حكم الخلع يتبين الفرق بينه و بين الطلاق على مال، فالطلاق على مال يترتب عليه أثران : وقوع البائن ، ولزوم المـال . والخلع تترتب عليه آثار ثلاثة : هذان الاثنان، وسقوط حقوق الزوجية على ما بينا .

خلع الزوجة التى ليست أهلا للتبرع — قدّمنا أن الخلع من جانب الزوجة معاوضة ولكنه لمـا كان معاوضة مال بغير مال لأن الزوجة تدفع مالا هو بدل الخلع ولا يدخل فى ملكها مال، بل تخلص لها عصمتها اعتبرت الزوجة كأنها متبرعة بالبدل الذى تلتزم به، ولهذا لا يلزمها البدل ولا يتحقق معنى الخلع الشرعى المترتبة عليه آثاره الثلاثة إلا إذا كانت الزوجة المخالعة أهلا للتبرع ، أى بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو مريضة مرض الموت .

فإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وقال لها زوجها خلعتك على مؤخر صداقك أو على عشرين جنيها فقالت : قبلت . وقع عليها طلاق رجعى، ولا يلزمها المال، أما عدم لزوم المال فوجهه أنها صغيرة ليست أهلا للتبرع بهذا البدل الذى التزمته بقبولها ، وقبولها لا يلزمها، وأما وقوع الطلاق فلأن عبارة الزوج معناها تعليق الطلاق على قبولها وقد صح التعليق لصدوره من أهله ووجد المعلق عليه وهو القبول ممن هى أهل له ، لأن الأهلية للقبول تكون بالتمييز وهى هنا صغيرة مميزة ، ومتى وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق . وكان رجعيا لأنه لما لم يصح التزام المال كان طلاقا مجردا ليس فى مقابلة مال فيقع رجعيا ، فإن لم تقبل الصغيرة أو قبلت وهى ليست أهلا للقبول بأن كانت غير مميزة فلا يقع طلاق أصلا لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممن هو أهله .

و إذا جرى الخلع بين ولى الصغيرة وزوجها بأن قال زوج الصغيرة لأبيها خالعت ابنتك على مهرها أو على مائة جنيه من مالها ، ولم يضمن الأب البدل له ، وقال قبلت : طلقت ، ولا يلزمها المال ولا يلزم أباها ، أما وقوع الطلاق فلأن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه وهو هنا قبول الأب وقد وجد، وأما عدم لزومها المال فلأنها ليست أهلا لالتزام التبرعات ولم تلتزم ، وأما عدم لزوم أبيها المال فلأنه لم يلتزمه بالضمان ولا إلزام بدون التزام ، ولهذا إذا ضمنه لزمه ، وقيل لا يقع الطلاق فى هذه الحال لأن المعلق عليه قبول دفع البدل وهو لم يتحقق ، وهذا القول ظاهر ولكن العمل بالقول الأول .

و إذا خالع أبا الصغيرة على بدل من مال الأب نفسه ثم الخلع بقبول الأب ولزم الأب أن يدفع البدل من ماله ولا رجوع له على مال الصغير .

و إذا كانت الزوجة محجورا عليها للسفه وخالعها زوجها على مال وقبلت لا يلزمها المال، ويقع عليها الطلاق الرجعى المعلق على قبولها لأنها ليست أهلا للتبرع كالصغيرة ولكنها اهل للقبول كالمميزة .

و إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ويلزمها المـال بشرط ألا يزيد عن ثلث ما تملكه لأنها متبرعة والتبرع فى مرض الموت وصية والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبي ، والزوج بالخلع صار أجنبيا .

واذا ماتت هذه المخالعة المريضة وهى فى العدّة لا يستحق زوجها إلا أقل هذه الأمور، بدل الخلع، وثلث تركتها ، وميراثه منها، لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها فى مرض موتهـا وتسـمى له بدل خلع باهظا يزيد عما يستحقه بالميراث ، فلأجل الاحتياط لحقوق ورثتها وردا لقصـد المتواطئ عليـه، قلنا إنها إذا ماتت فى العدّة لا تأخذ إلا أقل الأشياء الثلاثة، فإن برئت من مرضها ولم تمت منه فله جميع البدل المسمى لأنه تبين أن تصرفها لم يكن فى مرض الموت .

أما إذا ماتت بعـد انقضاء عدّتها فله بدل الخلع المتفق عليـه بشرط ألا يزيد عن ثلث تركتهالأنه فى حكم الوصية كما قدّمنا، ولا نظر الى مقدار ما يرثه لأنه فى هذه الحال ليس من ورثتها .

الحـالات التى يطلق فيها القاضى

قدّمنا أن الطلاق قد يكون من الزوج وقد يكون من القاضى بنـاء على طلب الزوجة، و بينا أن الزوج له حق الطلاق فى أى حال ما دام أهلا لإيقاعه، وأما القاضى فلا يطلق الزوجة بنـاء على طلبها إلا فى خمس حالات : نص القـانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على اثنتين منها : وهما التطليق لعدم الإنفاق، والتطليق للعيب . ونص القانون رقم ٢٥ سـنة ١٩٢٩ على الثلاث الباقيـة وهى التطليق للضرر . والتطليق لغيبة الزوج بلا عذر ، والتطليق لحبسه ، وهذا بيان حكم كل منها[1] :

(١) التطليق لعـدم الإنفاق — إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه بالطرق المبينة بلائحة التنفيذ، فللزوجة أن تستوفى نفقتها منه وليس

(١) وسنذكر نصوص هذين القانونين فى آخر هذا الكتاب ليرجع إليها من أراد .

لها أن تطلب تطليقها منه لعدم إنفاقه عليها، سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا قريب الغيبة أو بعيدها لأن غرضها وهو حصولها على نفقتها يتحقق بالتنفيذ فى ماله الظاهر.

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكنها أن تنفذ نفقتها فيه، فإما أن يكون حاضرا أو غائبا، غيبة قريبة أو بعيدة.

فإن كان حاضرا وادعت عليه زوجته أنه تاركها بلا نفقة وليس له مال ظاهر تستوفى نفقتها منه وطلبت تطليقها منه لذلك، فإن قال إنى معسر وصادقته الزوجة على إعساره، أو لم تصادقه فأثبتــه بالبينة، ففى هاتين الحالتين اللتين ثبت فيهما إعســاره بتصادقهما أو ببينته يمهله القاضى مدّة لا تزيد على شهر، فإن أنفق فلا تطلق وإلا طلقها منه القاضى بقوله طلقتك منه.

وإن اعترف بأنه موسر، أوسكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار، أو قال إنى معسر ولم يثبت قوله بمصادقتها أو ببينته، وأصر فى كل حالة من هذه الحالات الثلاث على عدم الإنفاق، وأصرت هى على طلب التطليق طلق عليه القاضى فى الحال بدون إمهال.

والفرق أنه فى الحالين اللتين ثبت فيهما إعساره بالتصادق أو البينة ظاهر حاله أنه غير متعنت ولا يقصــد الإضرار بها وأنه ما منعه من الإنفاق عليهــا إلا عسره فيمهل مدّة قصيرة لا تزيد على شهر لعل الله يجعــل من عسره يسرا، ولا ضرر على الزوجة فى اصطبار هذه المهلة القصيرة، وأما فى الحالات الثلاث التى اعترف فيها بيساره أو لم يثبت فيها إعساره، فإن الظاهر من إصراره على عدم الإنفاق مع اعترافه باليسار أو عجزه عن إثبــات الإعسار أنه يقصد العنت والاضرار بهــا، فلا فائدة فى إمهاله ويطلق عليه فى الحال.

وإن كان الزوج غائبا غيبة قريبة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنها وتركها بلا نفقــة وليس له مال ظاهر تنفــذ فيــه، وأثبتت وقائع دعواها جميعها يضرب القاضى لهذا الغائب أجلا يقدّر مدّته بحسب ما يراه ويقرر أنه إذا لم يرسل الغائب

فى خلال تلك المدّة ما تنفق الزوجة منــه على نفسها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلق عليــه، ويكلف قلم الكتّاب إعلان الغائب بصورة من هذا القرار والأجل المضروب له، فإن مضت المدّة وحل الأجل ولم يرسل الزوج لزوجته ما تنفق منــه على نفسها ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقها القاضى منه ما دامت مصرة على طلبها .

ومثل الغائب غيبة قريبة المسجون إذا طلبت زوجته تطليقها منه لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له لا يطلقها القاضى إلا بعد ضرب أجل له وإعذاره كما تقدّم لأنه ما خرج عن كونه غائبا غيبة قريبة .

وإن كان الزوج غائبا غيبة بعيدة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنها وتركها بلا نفقة، وليس له مال ظاهر تنفذ فيه وأثبتت وقائع دعواها جميعها يطلقها القاضى منه فى الحال بدون ضرب أجل ولا إعذار .

ففى حضور الزوج يطلق القاضى زوجته بدون إمهال فى حالات ثلاث، ويمهله فى حالتين ، وفى غيبته يطلق بدون إمهال فى الغيبة البعيدة، ويمهل بحسب ما يرى فى القريبة .

ومثل الغائب غيبة بعيدة : الغائب الذى لايدرى مكانه ولا يعلم له محل إقامة، والمفقود الذى لا يعلم أحى هو أو ميت، فمتى أثبتت زوجة الواحد منهما وقائع دعواها التى بيناها تطلق منه فى الحال، بدون ضرب أجل ولا إعذار .

والمراد بالغيبة القريبة أن يكون الغائب بمكان يسهل وصول قرار المحكمة إليــه بضرب الأجل فى مدّة لا تتجاوز تسعة أيام، وبالغيبة البعيدة ما ليست كذلك .

ووجه الفرق بين الغائب غيبة قريبــة ومن فى حكمه وهو المسجون ، والغائب غيبة بعيــدة ومن فى حكمه وهما المجهول محل إقامته والمفقود، أنه فى الحالة الأولى يمكن الاحتياط بإعذار الزوج قبل تطليق زوجته منه، ولا ضرر على الزوجة فى هذا الاحتياط . وأما فى الحالة الثانية فلا يمكن هذا الاحتياط بغير إضرار بالزوجة، لأن

الفرض أنه بعيد الغيبة أو مجهول محله أو مفقود فإعذاره متعذر أو ممكن بضررها لحاجته إلى أمد طويل .

والطلاق الذى يوقعه القاضى لعدم الإنفاق فى أى حال من هذه الأحوال السابقة رجعى ما دام إيقاعه بعد دخول الزوج بزوجته فيجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت فى العدّة بشرطين : أن تثبت قدرته على الإنفاق عليها ، وأن يستعد للقيام بهذا الإنفاق ، فإذا لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة لأن سبب التطليق قائم . وأحكام التطليق لعدم الإنفاق التى بيناها مأخوذة من مذهب الإمام مالك ، ودليله أن الزوج عجز عن الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ، وما دام الزوج لم يسرحها من تلقاء نفسه فإن القاضى ينوب عنه . (المواد ٤ و ٥ و ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠) .

وأما على مذهب الحنفية فلا تطليق لعدم الإنفاق ولا للعجز عنه لأن الزوج إن كان ذا عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وتؤمر الزوجة باستدانة نفقتها ممن تجب عليهم نفقتها عند عدم الزوج و يؤمرون بالإدانة ، وكذلك الحال فى نفقة من يستحقون النفقة من أولادها و إن كان موسرا يحبس حتى ينفق على زوجته .

(٢) التطليق للعيب — إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، فلها أن تطلب من القاضى تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوّجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ، ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فليس لها طلب التطليق لأجله .

وليست عيوب الزوج التى تسوغ طلب التطليق محصورة و إنما المدار على كون العيب مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا تستطاع العشرة معه إلا بضرر أيا كان نوعه .

ويستعان بأهل الخـبرة من الأطباء فى معرفة العيب وما إذا كان متحققا فيـه هذه الأوصاف ومسوغا طلب التطليق أو لا .

ومن العيوب التى تتحقق فيها هذه الصفات وتسوغ طلب التطليق : العنـة ، والجب، والخصاء . والعنين هو من لا يقدر على مباشرة النسـاء ، والمجبوب هو الذى استؤصل منه عضو التناسل، والخصى هو الذى سلت خصيتاه .

فإذا تزوجت المـرأة ووجدت زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا ولم تكن قـد علمت حين العقـد بحقيقة حاله ولم ترض بالمقام معـه على ذلك صراحة أو دلالة وطلبت تطليقها منه، فإن كانت دعواها أنه مجبوب وثبت أنه مجبوب طلقها القاضى منه فى الحال ولا فائدة فى الانتظار لأن الجب أمر حسى يمكن تعرفه فى الحال .

وإن آدعت عليه أنه عنين « ومثله الخصى » وطلبت تطليقها منه لأنه لم يصل إليها بسبب عنته سأله القاضى عن دعواها فان اقر بها وصادقها على أنه لم يصل إليها يؤجله سنة قمرية ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وهو العنـة . ولا يحتسب من السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لاتستطاع معه المباشرة ، وابتداء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبعى يمنعه من المباشرة، فان كان كذلك فيكون ابتداء السنة من حين زوال المـانع ، فان مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقها القاضى منه .

وأما إن سأله القاضى عن دعواها فأنكرها وقال إنه وصـل إليها فان كانت ثيبا من الأصل فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له إذ الأصل فى الإنسان السلام، فان حلف أنه وصل اليها رفضت دعواها، وإن نكل اعتبر نكوله مصادقة لها فيؤجل سـنة كما فى حال المصادقة السابقة ، وإن كانت بكرا من الأصل عين القاضى امرأتين يثق بهما للكشف عليها، فان قالتا هى ثيب فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له والقول له بيمينـه أيضا فى أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصـبع مثلا . وإن قالتا هى بكر يؤجله سنة كما مر .

فاذا مضت السنة وعادت الزوجة مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها أراها لامرأتين يثق بهما مرة ثانية ، فان قررتا أنها ما تزال بكرا طلقها القاضى منه ، و إن قررتا أنها ثيب فالقول للزوج بيمينه .

والسبب فى اتخاذ هذه الاجراءات بشأن عيب العنة خاصة أن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يكون عجز الرجل عن مباشرة زوجته لعارض سريع الزوال، وليس عيبا مستحكما لايمكن البرء منه، وقد يعجز الرجل عن مباشرة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر . فلهذا إذا أقر أنه لم يصل إليها يمهل سنة حتى تستبين حاله ، و إذا ادعى أنه وصل إليها والظاهر يشهد له صدق بيمينه . و إن كان الظاهر يكذبه بأن كانت ما تزال بكرا كما كانت يمهل والغرض من هذا بناء التطليق على عيب مستحكم لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال .

والفرقة بالعنة و بأى عيب من العيوب المستحكمة التى لا يمكن البرء منها طلاق بائن، والمأخذ لأحكام التفريق بالعيوب هو مذهب محمد من أئمة الحنفية ومذاهب الأئمة الثلاثة (المواد ٩ و ١٠ و ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠) .

(٣) التطليق للضرر — إذا آدعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأى نوع من أنواع الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، كأن ادعت عليه أنه يضربها ضربا مبرحا، أو أنه يسبها أو يكرهها على محرم وطلبت من القاضى تطليقها منه بناء على هذا الضرر ، فاذا ثبت الضرر الذى ادعته سواء كان ثبوته باقرار الزوج أو ببينة الزوجة وكان من أنواع الضرر الذى لا تستطاع معه العشرة بين أمثالها وعجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها منه .

و إذا عجزت عن إثبات الضرر الذى ادعته قررت المحكمة رفض دعواها، فاذا جاءت ثانية مكررة شكواها طالبة التطليق لاضراره بها ولم تثبت ما تشكو منه،

فحينئـذ يعين القاضى حكمين رجلين عدلين من أهـل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسـباب الشقاق بين الزوجين ويبـذلا جهدهما فى الإصـلاح ؛ فان أمكن على طريقـة معينة قرراها وإذا عجزا عن الإصـلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بينهما بالطلاق . وأما إذا كانت الإساءة من الزوجة فلا تطلق، وإذا اختلفا أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه ، والطلاق الذى يوقعـه القاضى بناء على الضرر الذى أثبتته الزوجة أو بنـاء على تقرير الحكمين طلاق بائن . ومأخذ هـذه الأحكام مذهب مالك ومستنده قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْـلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْـلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾. (المواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

(٤) التطليق لغيبـة الزوج — إذا ادّعت الزوجة على زوجها أنه غاب عنها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وطلبت تطليقها منه لتضررها من بعده عنها هـذه المدّة الطويلة وأثبتت وقائع دعواها، فإن كان زوجها الغائب لا يمكن وصول الرسائل إليه بأن كان غير معلوم محل إقامته أو معلوما ولا سبيل إلى مراسلته طلقها القاضى منه فى الحال، و إن كان يمكن وصول الرسائل إليه ضرب القاضى له أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر الإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبـد عذرا مقبولا طلقها القاضى منه ولو كان له مال تستطيع أن تنفق على نفسها منه لأن هذا تطليق لتضررها ببعده عنها المدّة الطويلة بلا عذر وليس سببه عدم وجود ما تنفق منـه ، والتطليق لهـذه الغيبة طلاق بائن لأنه من

أنواع التطليق للضرر ومأخذه مذهب الإمام مالك، والمراد بالسنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما (المادتان ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

(٥) التطليق لحبس الزوج — إذا صدر على الزوج حكم بسجنه ثلاث سنين فأكثر وصار هذا الحكم نهائيا ، فلزوجته بعد مضى سنة من سجنه أن تطلب تطليقها منه لتضررها من بعده عنها هذه المدة الطويلة ومتى ثبت للقاضى أن الحكم صدر بالسجن لمدّة ثلاث سنين فأكثر . وأنه أصبح نهائيا، وأنه نفذ على الزوج ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه طلقها القاضى منه .

والتطليق لهذا الحبس طلاق بائن، لأنه أيضا من نوع التطليق للضرر ومأخذه كذلك مذهب الإمام مالك والمراد بالسنة التى عدد أيامها ٣٦٥ (المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

فسخ الزواج

الفرقة بين الزوجين قد تكون بالطلاق الذى يصدر من الزوج أو من القاضى بناء على طلب الزوجة وهذا تقدّم بيانه .

وقد تكون بفسخ العقد أى نقضه بسبب خلل وقع فيه . أو بسبب طارئ طرأ يمنع بقاءه .

ففسخ الزواج لخلل وقع فيه يكون فى حالات :

منها الفسخ بسبب ظهور أن العقد وقع غير صحيح كما إذا تبين أن الزوجة أخت زوجها رضاعا أو زوجة غيره أو معتدّته .

ومنها الفسخ بخيار البلوغ سواء أكان من الزوج أم من الزوجة فى الحال التى يكون فيها الخيار لأحد الزوجين إذا بلغ .

ومنها الفسخ لعدم كفاءة الزوج لزوجته وعدم رضا وليها العاصب به وقت العقد .

ومنها الفسخ لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها وعدم رضا وليهـا به وامتناع الزوج عن إ كماله .

وفسخ الزواج لطارئ يمنع بقاءه يكون فى حالات :

منهـا الفسخ بسبب ردّة أحد الزوجين عن الإسلام[1] .

ومنها الفسخ بسبب إباء الزوجة غير الكتابية أن تسلم بعد أن أسلم زوجها .

ومنها الفسخ بسبب فعل أحد الزوجين مع أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة من الزنا ودواعيه .

فسواء أكانت الفرقة بسبب خلل فى العقد أم بسبب طارئ يمنع بقاءه فإنهـا فى هذه الحالات جميعها تعتبر فسخا ولا تعتبر طلاقا .

والفرق بين الفرقة التى هى طلاق والفرقة التى هى فسخ من وجوه : (أولهـا) أن الطلاق يتنوع إلى رجعى لايحل عقد الزواج فى الحال و إلى بائن يحل عقدة الزواج فى الحال . وأما الفسخ فهو بجميع أسبابه يحل عقدة الزواج فى الحال . (وثانيهـا) أن الفرقة التى هى طلاق تنقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج بحيث لو طلق الزوج زوجتـه طلقة واحدة ثم راجعها وهى فى عدّتها أو عقد عليهـا عقدا جديدا بعـد انقضاء عدّتها لا يملك عليها إلا طلقتين وتحسب عليـه تلك الواحدة . وأما الفرقة التى هى فسخ فلا تنقص عدد الطلقات بحيث لو فسخ الزواج بخيار البـلوغ مثلا أو لعدم الكفاءة ثم تزاوجا ثانيا ملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات ولا يحتسب هذا الفسخ ممـا ينقص ما يملكه . (وثالثهـا) أن كل فرقة هى طلاق تكون من الزوج قبل الدخول بزوجته حقيقة أو حكما توجب للزوجة نصف مهرها . وليست كذلك كل فرقة هى فسخ فان الزوج لو اختار نفسه عند بلوغه وفسخ الزواج بهذا الخيار وكان ذلك قبل الدخول حقيقة أو حكما لا يجب عليه من المهر شىء .

---

(١) هذا على قول الشيخين وهو ظاهر المذهب . وقال محمد الفرقة بردّة الزوج طلاق و بردّة الزوجة فسخ .

وقد يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه ما لم يصدر حكم بالفسخ فالعقد باق وذلك فى الحالات التى يبنى الفسخ فيها على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء كالفسخ بعدم كفاءة الزوج لأن الكفاءة لا تعرف بالحس وأسبابها مختلفة . وكالفسخ بنقصان المهر من مهر المثل لأنه متوقف على تعيين المثل ومهر المثل ومقارنة المسمى به . والفسخ بخيار البلوغ لأنه مبنى على قصور الشفقة فى الولى وله شرائط . والفسخ بإباء الزوجة غير الكتابية الاسلام إذا أسلم زوجها لأنها قد لا تأبى فلا يفسخ العقد .

وقد لا يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه على الزوجين أن يفسخا من تلقاء أنفسهما وذلك فى الحالات التى يكون سبب الفسخ فيها جليا ليس موضع خفاء ولا تقدير، كالفسخ بسبب ظهور فساد العقد، أو بسبب ردّة أحد الزوجين عن الإسلام . أو بسبب فعل أحدهما بأصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ومن آستقراء أنواع فرق الزواج يتبين الضابط العام لتمييز الفرقة التى هى طلاق من الفرقة التى هى فسخ وهو أن كل فرقة تكون من الزوج ولا يتصوّر أن تكون من الزوجة فهى طلاق . وكل فرقة تكون من الزوجة لا بسبب من الزوج، أو تكون من الزوج و يتصوّر أن تكون من الزوجة فهى فسخ .

العِدّة

تعريفها — العدّة شرعا أجل حدّده الشارع لا نقضاء ما بقى من آثار الزواج بعد الفرقة ، فالزوجة المدخول بها بعد حل عقدة زواجها بأى سبب كان تتربص وتنتظر ولا تتزوّج بغير زوجها الأوّل حتى تنقضى عدّتها بانتهاء ذلك الأجل المحدود ،والزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول بها تتربص كذلك الأجل المحدود. أما الزوج إذا فارق زوجته بأى سبب فليس عليه أن يتربص أى مدّة و يمتنع عن

الزواج فيهـا إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرما لمن طلقها ، فإن عليه أن ينتظر حتى تنقضى عدّة مطلقته لئلا يكون جامعا بين المحرمين ، وكذلك إذا كانت له زوجات أربع وطلق واحدة منهن لا يحل له التزوّج قبـل انقضاء عدّتها ، لئلا يكون جامعا بين أكثر من أربع .

سبب وجوبها — وسبب وجوب العدّة على الزوجة هو وقوع الفرقة بينها وبين زوجها سواء كانت الفرقة بالوفاة ، أو بالطلاق ، أو بالفسخ .

لكن إذا كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج بزواج شرعى صحيح وجبت العدّة على الزوجة مطلقا ، سواء كانت وفاته بعد أن دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج أو قبل أن يدخل بها لقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ من غير تقييـد الزوجات اللاتى يتربصن بكونهن مدخولا بهـا ، فدل الاطلاق على أن كل زوجة شرعية توفى عنها زوجها وجبب عليها العـدّة . ولأن من حكمة إيجاب العدّة على المتوفى عنها زوجها الوفاء لزوجها المتوفى بحدادها وحزنها عليه مدّة بعد وفاته ، وهـذا الوفاء حق لكل زوج شرعى سواء توفى بعد الدخول بزوجته أو قبله .

فان كان الزواج غير صحيح شرعا وقبل أن يفـترق الزوجان منه توفى الزوج ولم يكن قد دخل بزوجته لا تجب عليها العدّة وتحل للأزواج فى الحال ، لأن الآية فى الذين يتوفون ويذرون أزواجا شرعيات بعقد صحيح . ولأن هـذا الزوج بعقد غير صحيح ليس من حقه عليها الوفاء له ، وإن توفى هذا الزوج غير الشرعى بعد أن دخل بمن تزوّجها وجبت عليها العدّة ولكنها عدّة للتحقق من براءة رحمها من الحمل لا للوفاء لهذا الزوج المتوفى . ولذا تكون عدّتها فى هـذه الحال ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر لا أربعة أشهر وعشرة أيام .

وأما اذا كانت الفرقة بغير الوفاة بأن كانت بالطلاق أو بالفسخ فلا تجب العدّة على الزوجة إلا اذا وقعت هذه الفرقة بعد الدخول بهـا حقيقية أو حكما فى الزواج

الصحيح، وحقيقة فقط فى الزواج الفاسد أو الوطء بشبهه. فان وقعت هذه الفرقة قبل الدخول فلا تجب على الزوجة العدّة لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾. ولأن الحكمة الأولى لا يجاب العدّة بعد الطلاق أو الفسخ هى التحقق من براءة الرحم من الحمل منعا لاختلاط الأنساب، وهذا إنما يكون إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، ولا كذلك الفرقة بالوفاة، فان الحكمة الأولى لايجاب العدّة بها هى الوفاء، والوفاء حق لكل زوج شرعى توفى قبل الدخول أو بعده.

حكمة تشريعها — وحكمة إيجاب العدّة تعرّف براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب، و إعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من إعادة زوجيتها، كما أشار الله سبحانه الى ذلك بقوله: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾. و بقوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾. والحداد والأسف على الزوج المتوفى، فكل عدّة أوجبت فهى لتحقيق حكمة أو أكثر من هذه.

أنـــواعهـا — أنواع العدّة ثلاثة: حيض، وأشهر، ووضع حمل.

العدّة بالحيض — اذا كانت المرأة من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بينها و بين زوجها بعد الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب غير الوفاة، سواء أكان طلاقا أو فسخا ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدّتها تنقضى بثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾. والقرء الحيض.

و يؤخذ من تقييد الحيضات بثلاث كوامل أنه لو كانت الفرقة فى أثناء حيضها لاتحتسب هذه الحيضة إحدى الثلاث لأنها ليست حيضة كاملة، فلابدّ أن تحيض ثلاث حيضات كاملة بعد طهرها من هذه الحيضة التى وقعت الفرقة فى أثنائها.

وتنقضى عدّتها بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة، فاذا انقطع لعشرة أيام من رؤيته وهى أكثر مدّة الحيض انقضت العدّة بمجرّد انقطاعه. وأما اذا انقطع لأقل

من عشرة أيام فلا تنقضى العدّة بمجرّد انقطاعه، بل لابدّ أن يعقب انقطاعه اغتسالها أو مضى وقت صلاة عليها حتى يتحقق من أنه انقطاع لا الى عودة ، وأقل مدّة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدّتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هى ستون يوما من تاريخ الفرقة وقدّمنا توجيه ذلك فى الرجعة .

العدّة بالأشهر — اللاتى تعتدّ بالأشهر من النساء اثنتان (١) :

(الأولى) الزوجة التى ليست من ذوات الحيض، بأن كانت صغيرة أو مراهقة أو بلغت بالسنّ وهى خمس عشرة سنة ولم تحض ، أو وصلت الى سنّ الإياس وهى خمس وخمسون سنة ولم تحض، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب غير الوفاة ، ولم تكن حاملا وقت الفرقة تنقضى عدّتها بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ .

(الثانيـة) المتوفى عنها زوجها اذا لم تكن حاملا ، سواء أكانت من ذوات الحيض أم ليست منهنّ، تنقضى عدّتها بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ إلا اذا كان زواجها فاسدا فعدّتها ثلاث حيضات لا بالأشهر كما قدّمنا .

العدّة بوضع الحمل — اذا كانت الزوجة حاملا وقت الفرقة فسواء أكانت الفرقة بالوفاة أم بغيرها، وسواء أكانت الفرقة من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة، فان عدّتها تنقضى بوضع حملها ولو كان الوضع بعد الفرقة بلحظة بشرط أن ينفصل الحمل ظاهرا كل خلقه أو بعضه حتى يصدّق عليها إنها وضعت حملا وتنقضى عدّتها به . قال تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

---

(١) اذا وجبت العدّة فى غرة الشهر تحتسب بالأشهر ولو نقص الشهر عن ثلاثين يوما، واذا وجبت فى أثناء الشهر تحتسب بالأيام فلا تنقص عن تسعين يوما أو ١٣٠ يوما .

أما اذا انفصلت منها علقة أو مضغة غير مخلقة فلا تنقضى عدّتها به لأنه لا يصدق عليها أنها وضعت، ولأنه لا جزم بأنها كانت حاملا والعدّة لا تنقضى بالشك .

تحوّل العدّة من نوع الى نوع — قد تجب العدّة بالأشهر ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالحيض ، وقد تجب بالحيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالأشهر ، وقد يجب الاعتداد بثلاثة أشهر أو ثلاث حيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام . ويتبين ذلك فى المسائل الآتية :

(١) اذا كانت المعتدّة ممن تعتدّ بالأشهر بأن كانت مراهقة أو آئسة وبعد الفرقة بدأت عدّتها بالأشهر ثم حاضت فى أثناء مدّة العدّة وجب عليها أن تستأنف الاعتداد بالحيض، ولا تنقضى عدّتها إلا بثلاث حيضات كوامل، ولا تعتبر المدّة التى مضت بعد الفرقة من العدّة لأنها كان قد وجب عليها الاعتداد بالأشهر على اعتبار أنها ليست من ذوات الحيض، فلما تبين قبل تمام عدّتها أنها من ذوات الحيض وجب عليها أن تتربص ثلاثة قروء ، لأنها الأصل الاعتداد بالحيض والشهور خلف عنها .

وأما اذا حاضت بعد تمام عدّتها بالأشهر فالعدّة التى تمت قد انقضت وليس عليها أن تعتد بدلها بثلاث حيضات ولكنها صارت من ذوات الحيض بحيث لو تجب عليها فى المستقبل عدّة تكون بثلاثة قروء .

(٢) اذا كانت المعتدّة من ذوات الحيض ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولا تحديد ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة وليس لها عادة معروفة لطهرها وحيضها أو لها عادة ونسيتها فهذه المتحيرة أو ممتدة الدم تنقضى عدّتها بسبعة أشهر بعد الفرقة على اعتبار ثلاث حيضات فى شهر، لأن أكثر مدّة الحيض عشرة أيام وثلاثة أطهار فى ستة شهور لكل طهر شهران للاحتياط فتلك سبعة أشهر، وقيل تنقضى عدّتها بثلاثة أشهر ولكن المفتى به هو الأول وإن كان الظاهر هو الثانى .

(٣) اذا كانت المعتدّة من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها ولم تعد تراه فانها تستمر معتدّة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تبلغ سنّ الإياس خمسا وخمسين سنة فتصير من ذوات الأشهر وتعتدّ بثلاثة شهور وتسمى هذه ممتدة الطهر .

وهذا الحكم كان مثار الشكايات وكانت تستولى به المعتدّة على نفقة العدّة عدّة سنوات، ولكن هذا تدورك أخيرا بالمادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى نصت على أنه "لا تسمع الدعوى لنفقة عدّة لمدّة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق" بعد أن عولج أوّلا بانقضاء عدّتها بسنة بيضاء ولم تقطع الشكوى لأن بعض المعتدّات كانت تأخذ نفقة لمدّة خمس سنوات .

(٤) إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهى فى العدّة يجب عليها أن تعتدّ عدّة الوفاة، وتنهدم عدّة الطلاق لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملكا ولا حلا والزوجية بعده قائمة ما دامت الزوجة فى العدّة فيصدق عليها أنها متوفى عنها زوجها فتعتدّ بأربعة أشهر وعشرة أيام .

أما إذا طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها فى العدّة فانها تتم عدّة طلاقها لأن الطلاق البائن قطع الزوجية من حين صدوره، فقد توفى مطلقها وهى مبانة منه فلا تعتد عدّة وفاة، إلا إذا كان طلقها بائنا وهو فى مرض موته وتحققت الشروط التى يعد بها فارا بحيث ترثه إذا مات وهى فى العدّة، ففى هذه الحال متى مات وهى لا تزال فى عدّتها ، تعتدّ بأبعد الأجلين من عدّة الوفاء وعدّة الطلاق فأيتهما كانت أطول فهى عدّتها، وذلك لأننا إذا راعينا أنها مبانة كانت زوجيتها غير قائمة وليس عليها عدّة وفاة، وإذا راعينا أنها وارثة كانت زوجيتها قائمة وعليها عدّة وفاة، فمراعاة للاعتبارين قررنا أنها تعتدّ العدّتين عدّة الطلاق وعدّة الوفاة، على أن تتداخل أقلهما فى أطولهما، وهذا معنى قولنا تعتدّ بأبعد الأجلين من عدّة الطلاق أو الوفاة . وقال أبو يوسف : تعتدّ عدّة الطلاق فقط ككل مبانة والفتوى بالأوّل .

(٥) إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بينونة صغرى ثم تزوجها وهى فى العـدّة و بعد أن دخل بها فى الزواج الثـانى طلقها فعليها عدّة مبتدأة بهذه الفرقة لأنها فرقة بعد الدخول ولها المهر الثانى كله لأنه تأكد بالدخول .

أما إن طلقها قبل أن يدخل بها فى الزواج الثانى فمذهب الشيخين كذلك عليها عدّة مبتدأة ولها المهر كاملا لأنها لما عادت إلى عصمته بالعقد الجديد كأنها عادت إلى حالها الأولى وحالها الأولى كانت مدخولا بها، فكأنها بعد العقد الثانى مدخول بهـا، فاذا طلقت فعليها العدّة ولها المهر الكامل وهذا هو المفتى به . ومذهب محمد عليها إتمام العدّة الأولى ولها نصف المهر لأنها طلقت قبل الدخول فى الزواج الثانى فلا عدّة عليها من فرقته فتستمر فى إتمام عدّتها الأولى حتى تنقضى ولها نصف المهر الثانى لأنه الواجب بالطلاق قبل الدخول . ومذهب زفر لا عدّة عليها أصلا لأن العدّة الأولى انهدمت بزواجه الثـانى، والفرقة من زواجه الثانى فرقة قبل الدخول لا توجب العدّة، ولهـا نصف المهر لأنه الواجب بالطلاق قبـل الدخول ، وقول زفر مبنى على مقدّمة غير صحيحة لأن الزواج الثانى لم يهدم العـدّة مطلقا، بل هدمها فى حق المطلق نفسه فقط، فاذا انقطع هذا الهادم عاد وجوبها .

مبدأ العـــدّة — بمـا أن سبب وجوب العدّة هو الفرقة فابتداؤها يكون من حين الفرقة فورا من الزواج الصحيح، سواء كانت الفرقة بطلاق أو فسخ و يكون ابتداؤها من حين المتاركة أو تفريق القاضى فى الزواج الفاسـد ، ويكون ابتداؤها عقب الموت مطلقا فى زواج صحيح أو فاسد .

ولا يتوقف ابتداؤها على علم الزوجة لأن المسبب يترتب على سببه بلا توقف ولأن العدّة أجل حدّده الشارع بعـد الفرقة فلا يشترط العلم بمضيه حتى لو لم تعلم الزوجة بالوفاة أو الطلاق إلا بعد مضى أجل العدّة انقضت عدّتها شرعا .

وإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها فى وقت معين وأنكر الزوج دعواها فأثبتتها الزوجة بالبينة، وحكم لها القاضى بمـا ادعته ثبت الطلاق مسندا الى الوقت المعين بدعواها، ويكون ابتداء العدّة من ذلك الوقت لا من وقت الحكم .

وأما اذا ادعت عليه أنه طلقها فى وقت معين فأقر بدعواها أو أقر هو ابتـداء أنه طلقها منذ كذا من الزمن ، فان العـدّة تبتدئ من وقت إقراره لا من الوقت المسند اليه الطلاق .

والفرق أنه لمـا ثبت بالبينة المتصل بها القضاء إن الطلاق وقع فى وقت معين كان ذلك الوقت هو وقت الفرقة حتما فتبتدئ منه العدّة . لكن لمـا كان فى الحالة الثانية سند الاضافة الى الوقت المعين هو مجرد الاقرار احتمل أن يكونا متواطئين على الاضافة الى زمن سابق لتقر بانقضاء عدّتهـا حتى تصـير أجنبية فتنفذ وصيته لهـا ، أو يصح إقراره لهـا بالدين أو غير ذلك، فلا جزم بحصول الفرقة فى الوقت المسندة اليه فتبتدئ العدّة من الوقت المقطوع بحصول الفرقة فيه وهو وقت الاقرار.

واجب المعتدّة — يجب على المعتدّة أمران :

(الأول) أن تقضى عدّتها فى المنزل الذى كانت تسكنه حال قيام الزوجية حتى إذا وقعت الفرقة وهى خارج هذا المنزل وجب عليها أن تعود اليه . قال تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ فاعتداد المطلقة فى منزل العدّة حق قرره الشارع لتكون المطلقة على مقربة من مطلقها يراقب حفظها وصيانتها حتى ينتهى ما بقى من آثار زوجيتها بانقضاء عدّتها ولعـل الله يحدث بعد ذلك أمرا . ولتكون الأرملة على ذكر من زوجها المتوفى فتقوم بواجب الوفاء له ، وليس للمعتـدّة من طلاق أو وفاة أن تسكن فى غير منزل العـدّة إلا إذا وجد عذر يمنع من إقامتها فيه ، كأن ينهدم أو يخشى سقوطه أو تخاف فيه على نفسها أو مالها

أو يخرجها الورثة منه أو يأبى مالكه أن يؤجره أو لا تقدر هى على دفع أجرته ، أو غير ذلك من الضرورات التى تبيح لها ان تقضى عدّتها فى غير هذا المنزل، وإذا وجدت ضرورة تبيح لها الانتقال منه، فان كانت معتدّة وفاة وجب عليها أن تسكن فى أقرب منزل من مسكن العدّة لتكون على ذكر من المتوفى ما أمكن، وإن كانت معتدّة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقها .

وإن سكنت فى غير منزل العدّة بلا عذر يبيح لها الانتقال منه تعتبر ناشزة ولا تستحق نفقة العدّة .

(الثانى) أن تحِدّ المبانة ، والمتوفى عنها زوجها وهذا الحداد يكون بأن تترك الزينة ولا تلبس حليا ولا تمس طيبا ما دامت فى عدّتها إظهارا للأسف على وفاة زوجها أو على انقطاع زوجيتها بهذه الابانة، وهذا واجب خلقى من باب الوفاء للعشير وخاص بالمعتدّة من وفاة أو طلاق بائن . أما المعتدّة من طلاق رجعى فلم تنقطع زوجيتها حتى تلبس ثوب الحداد على فوات نعمة الزواج، بل يستحب لها أن تتزين ليرجعها زوجها إلى عصمته .

نفقة المعتدّة — المعتدّة مادامت فى العدّة فهى محتبسة لحق زوجها لايحل لها أن تتزوّج بغيره حتى تنقضى عدّتها، ولهذا تجب لها على مطلقها النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى، ويراعى فيها ماروعى فى نفقة الزوجة فتقدّر بحسب حال الزوج يسارا وإعسارا وحال الأسعار غلاء ورخصا . ويشترط لاستحقاقها أن لا يفوت احتباسها بسبب من قبلها، كأن تخرج من مسكن العدّة بغير عذر يبيح لها ترك الإقامة فيه، وتعتبر دينا صحيحا للمطلقة التى تستحقها من تاريخ الطلاق فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ولا تتوقف على القضاء بها أو التراضى عليها .

من لا تستحق النفقة من المعتدّات — ثلاث من المعتدات لانفقة لهن أصلا وهن معتدّة الوفاة، والمعتدّة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهى محظورة

غير مشروعة، والمعتدّة من فرقة بعـد زواج فاسـد أو دخول بشبهة ، وذلك لأن معتدّة الوفاة لا سبيل لايجاب نفقتها على أحد لا على الزوج لأنه بعد الوفاة لا ملك له وليس أهلا للايجاب عليه ولا على ورثته لأن نفقة الزوجية حق شخصى على الزوج لا ينوب عنه فيـه و رثته ، ولأن من جاءت الفرقة من قبلها بسبب محظور كأن ارتدت عن دينهـا أو فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة تستحق الزجر والعقاب بحرمانها من حقها فى نفقة العـدّة، ولأن الزواج الفاسـد والشبهة لا يفيد أحدهما الاحتباس شرعا، فالزواج الفاسـد لا يفيد احتباسا شرعيا فلا يوجب النفقة لا قبل الافتراق ولا بعده .

من تستحق النفقة منهن — من عدا هذه الثلاث من المعتدات تستحق النفقة وهما المعتدّة لفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقا أو فسخا بسبب محظور أو غير محظور ، والمعتـدّة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور كأن اختارت نفسها عند البلوغ أو فسخ الزواج لنقصان المهر عن مهر المثل .

والفرقة التى تصدر من القاضى فى الأحوال التى يطلق فيها أو يفسخ العقد فيها تعتبر من قبل الزوج لأنه فى الحقيقة ينوب عنه فى تطليق زوجته .

ويراعى فى كل موضع تستحق فيه المعتدّة نفقة عدّة أنها إنما تستحقها اذا لم تكن ناشزا بأن لم تخرج من مسكن العدّة بغير عذر .

ويراعى فى كل موضع لا تستحق فيه المعتدّه النفقة أن الذى لا يستحق انمـا هو نفقة الطعام والكسوة ، وأما السكنى فى مسكن العدّة فهو كما قدّمنا حق الشرع لا يسقط بأى حال إلا لعـذر يتعذر معـه السكنى فيـه، ولهذا لو أبرأت مطلقها من نفقـة عدّتها صح عن طعامها وكسوتها لأنهما حقها تتصرف فيهما ولا يشـمل السكنى لأنها حق الشرع فلا تملك إسقاطه .

وعلى ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تأخذ المعتدّة نفقة عدّة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق، فإذا مضت عليها سنة بعد الطلاق تؤمر قضاء بالكف عن المطالبة بنفقة عدّة لأنه لاحق لها فيها بعد ذلك . وهذا نص ماجاء فى المذكرة الايضاحية بشأن هذه الفقرة « بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدّة مدّة طويلة بدون حق، فانها إذا كانت مرضعا قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدّة الرضاعة وهى سنتان ، ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك ، وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدّة مدّة خمس سنين، واذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة، فتتوصل الى أن تأخذ نفقة عدّة مدّة ثلاث سنين، فقطعا لهذه الادعاءات الباطلة وبناء على ما قرره الأطباء من أن أكثر مدّة الحمل سنة وضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ ومنعت المعتدّة من سماع دعواها نفقة العدّة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق[1] .

---

(١) يلاحظ الفرق بين انقضاء العدّة شرعا وبين استحقاق الحق المالى المترتب عليها وهو النفقة ، فانقضاء العدّة شرعا للمطلقة هو ما بيناه، للحامل بوضع حملها ، وللصغيرة التى لم تحض والآيسة التى انقطع حيضها بثلاثة أشهر ، ولمن تحيض بثلاث حيضات . وإذا انقطع حيض واحدة من ذوات الحيض لعارض من العوارض انتظرت معتدّة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تدخل فى سنّ اليأس فتعتدّ بثلاث أشهر ولكن لما شاع فى النساء الكذب وادعاء انقطاع الحيض ، والجرأة على اليمين الباطلة لارهاق الرجال بنفقة العدّة سنين طويلة ، عولج أخيرا أمر العدّة بالنسبة للنفقة فقط بمنع المعتدّة من استحقاق نفقة العدة لمدّة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، فهو تجديد لمدّة استحقاق النفقة فقط ، وليس تجديدا لأجل انقضاء العدّة لأن هذا لا يملكه الشارع الوضعى ، ولو أن مطلقة من ذوات الحيض مضت عليها سنة من تاريخ الطلاق ولم تر فيها العادة إلا مرة واحدة أو مرتين ، فهى شرعا لا تزال معتدّة ، ولايحل لها أن تتزوج بغير مطلقها وإن كانت قانونا ليس لها بعد السنة أن تطالب بنفقة عدّة .

الأولاد

قدّمنا أن الحكمـة الأولى فى تشريع الزواج هى بقاء النوع الانسانى على أكمل وجوه البقاء، وذلك بالتوالد بين الزوجين. وانتساب كل مولود لأبيه . والتزام كل أب بشئون بنيه ، وبعد أن بينا الزواج، وأحكامه ، وحقوق الزوجين ، وما يطرأ على الزوجية من فرق، وما يترتب على الفرقة من آثار، نبين أحكام الأولاد الذين هم ثمرة الزوجية وأهم أغراضها .

وقد شرع الله سبحانه أحكاما تحفظ الأولاد وتكفل رعايتهم من حين ولادتهم الى أن يبلغوا رشدهم فشرع أحكاما لثبوت نسبهم، وتدبير رضاعتهم، وحضانتهم، والإنفاق عليهـم حتى يبلغوا حدّ الكسب ، وإدارة شئونهم المـاليـة حتى يبلغوا سنّ الرشـــد .

والحكمة الإجمالية فى تشريع هـذه الأحكام هى حماية الأنساب من الضياع، وصيانتها عن الاختلاط، حتى لا يحرم ولد من عاطفة والده، ولا ينسب الى والد غير ولده ، ورعاية الطفل فى طورى رضاعه وحضانتـه حتى يبلغ السنّ التى يسـتطيع فيها أن يستغنى عن غيره، ويتولى شئون نفسـه ، وحفظ أمواله حتى يبلغ رشـده ويقدر على التصرف فيها وحده .

ثبـوت النسب

النسب يثبت شرعا بواحد من أدلة ثلاثة : الفراش، والإقرار، والبينة .

١ — الفِـــراش

المراد شرعا بالفراش الزوجية القـائمة حين ابتداء الحمـل . فمن حملت وكانت حين حملت زوجة يثبت نسب حملها من زوجها الثابتة زوجيتها به حين حملت، من غير حاجة الى بينة منها، أو اقرار منه، وهذا النسب يعتبر شرعا ثابتا بالفراش .

وعلة ثبوت النسب بالفراش أن مقتضى عقد الزواج الاختصاص، وأن تكون الزوجة مقصورة على زوجها وحده لا يحل لغيره أن يستمتع بها . ومقتضى هذا الاختصاص أن تكون علقت بحملها من زوجها القائمة زوجيتها به حين حملت، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح، وعدم اعتبار الاحتمالات المبنية على سوء الظن والمؤدية الى الفضيحة وضياع الأولاد .

ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خطبته يوم حجة الوَداع : « والولد للفراش وللعاهر الحجَرَ » . والمراد أن الولد نتيجة للفراش وثمرة للزوجية . وأما العاهر الذى لا يتخذ زوجة تختص به فلا ثمرة له ولا ينسب اليه ولد، وعبر عن هذا بأنه له الحجر . إذ يقال لمن خاب ولم يجن ثمرة : بيده التراب أو له الحجر .

وأحكام ثبوت النسب بالفراش مبنية على ثلاثة أصول :

(١) ما يشترط لاعتبار الزوجية فراشا يثبت به النسب . (٢) أقل مدّة للحمل . (٣) أقصى مدّة للحمل .

فأما ما يشترط لاعتبار الزوجية فراشا يثبت به النسب فهو أن تكون زوجية يتصوّر عادة أن يكون الحمل منها من جهة أهلية الزوج لأن تحمل منه زوجته . ومن جهة التلاقى بين الزوجين، وقد تفرّع على هذا ما يأتى :

لا يثبت نسب الولد من زوج صغير السن ليس بالغا ولا مراهقا لأنه ليس أهلا لأن تحمل منه زوجته فلا تعتبر زوجتيه فراشا يثبت به النسب .

ولا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها و بين زوجها من حين العقد ، لأنه مع ثبوت عدم التلاقى بين الزوجين من حين العقد لا يتصوّر عادة أن يكون الحمل من هذا الزوج، فاذا أنكره ونفى أنه ابنه لا تسمع عليه دعوى نسبه، لأنها دعوى يكذبها الظاهر .

وكذلك لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، لأن ولادتها بعد سنة من غيبته دليل على أنها حملت وهو غائب

عنها، بنـاء على ما قرره الطب الشرعى من أن الحمل لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنة . فاذا أنكر الزوج هـذا الولد ونفى أنه ابنـه لا تسمع عليه دعوى نسبه، لأن كل دعوى يكذبها الظاهر لا تسمع «المـادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ » .

وأما أقل مدّة الحمل — فمن المقرر شرعا أنها ستة أشهر لأن الله تعـالى قال فى سورة الأحقاف : ﴿ وَوَصَّينا الانسان بِوَالِدَيْه إِحسانًا حملته أمُّه كُرها ووضعته كُرها، وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثلاثون شَهرا ﴾ . وقال فى سورة لقمان : ﴿ وَوَصَّينا الإنسان بوالِدَيْه حملته أمه وَهْنًا على وَهْنٍ وفِصالُه فى عامين ﴾ . فقد دلت الآية الأولى على ان الحمل والفصال أى الرضاع معا فى ثلاثين شهرا . ودلت الآية الثانيـة على أن الفصـال وحده فى عامين ، فاستنتج من هذا أن الحمل وحده فى ستة أشهر، فهى أقل مدة يتكوّن فيها الجنين حتى يولد حيا، وقد تفرع على هذا ما يأتى :

(ا) ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح — إذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها، لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، ومدّة الحمل لا تقل عن ستة أشهر، فحين حملت به لم تكن زوجة ولا فراشا لزوجها فلا يثبت نسبه منه . ولكن إذا أقر الزوج أنه ابنه لا من زنا يثبت نسبه منه باقراره، ويحمل على أنه كان زوجا لها سرا قبل العقد العلنى، أو أنه دخل بها بناء على شبهة فحملت منه، فحملا لحـال الزوجين على الصلاح ، ومعاملة للمقر باقراره ، وصيانة للولد من الضياع، أثبتنا نسبه ممن أقر أنه ابنه لا من زنا بالاقرار لا بالفراش، والمقر أعلم بنفسه والأصل حسن الظن بالناس .

وإذا ولدت حال قيام الزواج الصحيح ولدا لتمام ستة أشهر أو لأكثر من تاريخ العقد الصحيح عليها ثبت نسب ولدها هـذا من زوجها لأنها حين حملت به كانت

فراشا له بالعقـد الصحيح والولد للفراش . فاذا نفى الزوج نسـب هذا الولد منه فلا ينتفى إلا بشرطين :

(الأول) أن يسارع الى نفيه بأن ينفيه ساعة ولادته، أو فى وقت شراء أدواتها، أو فى أيام التهنئة المعتادة، لأنه ان سكت عن نفيه فى هـذه الأوقات اعتبر سكونه إقرارا بنسبه فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك .

(والثـانى) أن يلاعن زوجته لأنه بنفيه نسب ولدها منه يرميها بأنها زانية، وهى ترميـه بأنه قاذفها ، فلا بد من شهادات منهما مقرونات بالايمـان تدرأ حدّ الزنا عنها، وحدّ القذف عنه، بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا، والخامسة أن لعنـة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . وهذه الشهادات المقرونات بالأيمان هى اللعان، فاذا بادر الزوج الى نفى الولد ولاعن زوجته وهما مستوفيان شروط اللعان بأن كان كل منهما أهلا لأداء الشهادة، وزوجيتهما صحيحة، والمرأة عفيفة عن الزنا وقته . قضى القاضى بالفرقة بين الزوجين بطلاق بائن، وحكم بنفى نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه .

والأصل فى هذا ما روى عن عبد الله بن مسعود قال : كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصارى فقال يا رسـول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا فان قتله قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ ثم قال : اللهم افتح ، فنزلت آية اللعان فى سورة النور، وهى قوله تعالى : ﴿ والذينَ يَرْمُونَ أزواجَهم ولم يكن لهم شُهداءُ إلا أنفسُهم فَشَهادةُ أحدِهم أَربعُ شهاداتٍ بالله إنه لَمِن الصادقين . والخامسةُ أن لعنةَ اللهِ عليه إن كانَ مِن الكاذبين، ويَدرأُ عنها العذابَ أَن تَشهدَ أربعَ شهاداتٍ بالله إنه لَمِن الكاذبين . والخامسةَ أن غَضَبَ اللهِ عليها إن كان من الصادِقين ﴾ .

(ب) ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد — إذا ولدت الزوجة المدخول بها بعقد زواج فاسد قبل مفارقة زوجها ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقى بها ، لا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها ، لأنها حملت به قبل أن تكون فراشا له بالدخول بها ، و إذا ولدت لتمام ستة أشهر أو لأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى بها ثبت نسب ولدها من زوجها ، لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها . ولا يمكنه أن ينفى نسب هذا الولد أصلا لأن النفى فى حال قيام الزواج الصحيح إنما كان بعد اللعان . ولا لعان بين الزوجين بزواج فاسد لأن الاية واردة فى الذين يرمون أزواجهم ، والزواج عند اطلاق الشارع لا ينصرف إلا الى الزواج بعقد صحيح .

و يؤخذ من هذا أمران : (الأول) أن الفراش فى الزواج الصحيح يتحقق بنفس العقد ، وفى الزواج الفاسد لا يتحقق إلا بالدخول الحقيقى بعد العقد الفاسد ، ولهذا احتسبت مدّة الحمل فى حال الزوجية الصحيحة من تاريخ العقد ، وفى حال الزوجية الفاسدة من تاريخ الدخول لا العقد . (الثانى) أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بنفس العقد فى الزواج الصحيح من جهة أن النسب الثابت بالفراش الأول لا يمكن نفيه أصلا ، وأن النسب الثابت بالفراش الثانى يمكن نفيه بالشرطين السابقين .

(ج) ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة — إذا دخل رجل على امرأة بشبهة ثم ولدت ولدا ، فان ادعى أنه ابنه ثبت نسبه بهذه الدّعوة ، وان لم يدع نسبه لا يثبت منه ، وذلك لأن الشبهة التى بنى عليها دخوله بها أثبتت شبهة فراش ؛ فلا بد لثبوت النسب أن تنضم اليها الدعوة . ولا فرق بين أن تكون الشبهة شبهة فى الحكم وهى التى تسمى شبهة الملك وذلك بأن يشتبه عليه الدليل الشرعى فيفهم منه الاباحة كما اذا واقع الأب جارية ابنه بشبهة الحديث "أنت ومالك لأبيك" أو واقع المطلق

بلفظ من ألفاظ الكنايات مطلقته وهى فى العـدّة بشبهة الأثر "الكنايات رواجع"[1] أوشبهة فى العقـد ، كما اذا عقد على امرأة ودخل بهـا ثم تبين أنهـا أخته رضاعا، أو شـبهة فى الفعل ، كما اذا زفت الى الرجل امرأة على أنهـا زوجته ثم تبين أنهـا ليست زوجته .

فالدخول بأى شبهة من هده لا يثبت النسب فيه إلا بادعاء الزوج للولد فى أى وقت من تاريخ دخوله بمن اشتبه فيها، لأنه أعلم بحال نفسـه ، فهو نسب ثابت بالاقرار لا بالفراش .

وأما أقصى مدّة الحمل — فلم يرد فى القرآن الكريم،ولا فى السنة الصحيحة المتفق عليهـا ما يحدّدها . ولهذا تعدّدت فيها آراء المجتهدين، فالامام مالك حدّدها بأربع سنين . والامام أبوحنيفة حدّدها بسنتين . والظاهرية حدّدوها بتسعة أشهر.

فمن أجل هـذا الاختلاف، ولعدم ورود نص يرجع اليه سئل رجال الطب الشرعى وهم أهل الذكر فى هذا عن أقصى مدّة يمكثها الحمل فى بطن أمه، فقرروا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدّة الحمل تعتبر عند التشريع سـنة عدد أيامها ٣٦٥ يوما لتشمل جميع الأحوال النادرة، وعلى هذا سارت المحاكم الشرعية المصرية وتفرّع عليه ما يأتى :

اذا وقعت الفرقة بين الزوجين سواء كانت بالطلاق، أو بالوفاة، أو بالفسخ . وسواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ثم ولدت الزوجة بعد الفرقة ولدا لسنة أو أقل من تاريخ الفرقة ثبت نسب ولدها من زوجها الذى وقعت الفرقة بينها وبينه، لأن

---

(١) هـذا على مذهب الحنفية القائلين بأن الطلاق إذا كان بلفظ من ألفاظ الكنايات يقع بائنا ولا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد جديد، فاذا واقعها قبل أن يعقد عليها بشبهة أن الطلاق الواقع رجعى ، كان دخولا بشبهة . وأما على ما عليه العمل الآن فلا فرق بين ألفاظ الصريح وألفاظ الكنايات، والطلاق الواقع بالكنايات رجعى مادام مجرّدا عن العوض ، وبعد الدخول ، وليس مكملا للثلاث ، فاذا واقع مطلقته فى عدّتها كان مراجعا لها ، لأنها حلال له ما دامت فى العدّة .

ولادتها لسنة أو أقل من تاريخ الفرقة دليل على إمكان أنها كانت حاملا قبل حصول الفرقة حين كان الفراش قائما فيثبت به النسب .

وأما اذا وقعت الفرقة بين الزوجين سواء كانت بالطلاق، أو بالوفاة، أوبالفسخ. وسواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ثم ولدت الزوجة بعد الفرقة ولدا لأكثر من سنة من وقت الفرقة وأنكر زوجها الذى وقعت الفرقة بينها وبينه، أو ورثته، أنه ابنه فلاتسمع عليه دعوى نسبه، لأن ولادتها لأكثر من سنة من تاريخ الفرقة دليل على أنها حملت به بعد الفرقة بناء على أنأقصى مدة الحمل سنة، فدعواها على من فارقها أو على ورثتها أنه ابنه دعوى يكذبها الظاهر فلا تسمع عند الإنكار .

هذه هى أحكام ثبوت النسب بالفراش على ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية وهى مبنية على ما يشترط لاعتبار الزوجية فراشا يثبت به النسب ، وعلى ما قرره الشرع من تحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر، وما قرره الطب الشرعى من تحديد أقصى مدته بسنة، وما تقرر شرعا من جواز تخصيص القاضى بالحادثة والزمان والمكان، وما دعا الى هذا التخصيص من شيوع فساد الذمم والجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين .

وهذه الأحكام تخالف مذهب أبى حنيفة فى مواضع :

(الأول) ان الزوجية الصحيحة فى مذهب أبى حنيفة تعتبر من حين العقد فراشا يثبت به النسب مهما تباعد الزوجان، ولا عبرة بثبوت عدم تلاقيهما من حين العقد، ولا بغيبته عنها، لأن التلاقى ممكن عقلا، والامكان العقلى كافٍ لثبوت النسب، محافظة على الأولاد من الضياع . وعلى هذا يثبت نسب ولد المغربية من زوج مشرقى ولو ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد .

(الثانى) انأقصى مدة الحمل فى مذهب أبى حنيفة سنتان بناء على أثر ورد عن عائشة : " ما تزيد المرأة فى الحمل عن سنتين قدر ما يتحوّل ظل المغزل " . وبناء على هذا يثبت نسب ولد المطلقة بائنا، والمتوفى عنها زوجها، اذا أتت به لأقل

من سنتين من تاريخ الطلاق ، أو الوفاة ، ولا يثبت نسبه اذا ولدته لتمام سنتين أو لأكثر من تاريخ الطلاق أو الوفاة .

(الثالث) انه فى مذهب أبى حنيفة ما دام يوجد احتمال ولو بعيد يبنى عليه ثبوت نسب الولد يحكم بثبوت نسبه ، إبقاء على حياة الولد وسترا على أمه وترجيحا لجانب حسن الظن بالناس وحفظ الولد من الضياع . و بناء على هذا فالمطلقة رجعيا اذا كانت كبيرة ممن تعتد بالحيض ولم تقر بانقضاء عدّتها وولدت ولدا لسنتين من تاريخ طلاقها أو لأقل أو لأكثر ولو لعدّة سنين يثبت نسب ولدها من مطلقها لأن المطلقة رجعيا مالم تقر بانقضاء عدّتها ، فزوجيتها قائمة حكما ، فلاحتمال أن عدّتها طالت بامتداد طهرها ، وأن مطلقها راجعها بوقاعها ، يثبت نسب ولدها منه ، سترا على الأعراض وحفظا للولد من الضياع . وأما اذا أقرت هذه المطلقة رجعيا بانقضاء عدّتها فى مدّة تحتمله ، فان ولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ الاقرار ثبت نسب ولدها من مطلقها ، وظهر كذبها فى اقرارها بانقضاء عدّتها ، وان ولدت لتمام ستة أشهر أو لأكثر من وقت الاقرار لا يثبت نسب ولدها من مطلقها .

ولكن لما كان اعتبار الزوجية فراشا لمجرد إمكان تلاقى الزوجين عقلا ولو ثبت عدم تلاقيهما حسا مما يأباه العقل ولا ينبغى أن تبنى عليه الأحكام . ولما كان تحديد أقصى مدّة الحمل بسنتين مما يخالف المشاهد فى مختلف العصور ولم يقره الطب الشرعى الذى أفتى بأن الحمل لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنة ، ولما كان إثبات النسب بمجرد الاحتمال ولو بعيدا مما جرأ على الدعاوى الباطلة وأثار شكايات الناس . لهذا كله بنيت أحكام ثبوت النسب بالفراش على الأصول الثلاثة التى بيناها وسارت المحاكم الشرعية المصرية على هذه الأحكام طبقا لنص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١)

(١) ومما ينبغى التنبه له أن المادة المذكورة انما منعت القضاة من سماع دعوى النسب عند الانكار فى الأحوال التى نصت عليها . ولم تتعرض لموضوع النسب نفسه ، ولذا لم تنص على أنه لا يثبت النسب فى هذه الأحوال . وانما نصت على أنه لا تسمع الدعوى به عند انكاره ، فهى تمنع سماع الدعوى عند انكار النسب فيها ، ولا تنفى ثبوته فيها .

وهذا نص المادة : " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها و بين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاه " .

وهذا نص مذكرتها الإيضاحية : " بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان، فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع اقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد الى وقت الولادة اجتماعا نصح معه الخلوة . وذلك بناء على مجرد حواز الاجتماع بينهما عقلا .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا اذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق . ونسب ولد المتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة . ويثبت نسب ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقتر بانقضاء العدّة . والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدّى الى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين . وتقدّمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدّة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين . والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدّة الحمل سنتان ، وليس فى أقصى مدّة الحمل كتاب ولا سنة[1] .

---

(١) وأما الأثر الذى روى عن عائشة وهو قولها : " ما تزيد المرأة فى الحمل عن سنتين قدر ما يتحوّل ظل المغزل " . وهو الذى استند إليه أبو حنيفة فهو ليس حجة لأن فى سنده رواية مجهولة ، ولأن الظاهر أنها أخذت هذا التقدير عن بعض الحوامل لا عن الرسول . ولهذا لم تتفق الأئمة على الأخذ به . ولما حدّث مالك به قال . من قال هذا ؟ من أجل ذلك لامانع من الأخذ بقولها هل الذكر من الأطباء الذين بنوا قولهم على استقراء الحوامل فى مختلف الأزمان والبلدان .

فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدّة التى يمكثها الحمل، فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدّة الحمل ٣٦٥ يوما ، حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبما أنه يجوز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال . ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج . وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما، ظاهر فيها الاحتيال والتزوير . لذلك وضعت المادة (١٥) من القانون .

٢ — الإقـــرار

الإقرار بالنسب نوعان :

إقرار يقتضى ثبوت نسب المقَرّ له من نفس المقِر ابتداء، ويتفرّع عنه ثبوت نسبه من غير المقر، وإقرار يقتضى ثبوت نسب المقر له من غير المقر ابتداء ، ويتفرّع عنه ثبوت نسبه من المقر .

فإقرار الرجل لغلام أنه ابنه يقتضى أوّلا ثبوت نسب الغلام من هـذا المقر . ويتفرّع عنه أن يكون أبو المقر جدّا له ، وأولاد المقر إخوة له ، وإخوة المقر أعماما له . ومثل هـذا إقرار المـرأة لولد أنه ابنها . وإقـرار الولد لرجل أنه أبوه ، أو لامرأة أنها أمه، وكل إقرار ببنوّة أو أبوّة أو أمومة .

وأما إقرار الرجل لآخر أنه أخوه فهـذا يقتضى أوّلا ثبوت نسب المقر له من أبى المقر، ويتفرّع عنه ثبوت إخوته للمقر، لأن معنى إخوته له أن أباهما واحد، وكذا الإقرار لآخر أنه عمه، أو ابن ابنه، أو ابن أخيه .

وهـذا معنى قول الفقهاء الإقرار بالنسب نوعان : نوع فيه حمل النسب على نفس المقر . ونوع فيه حمل النسب على غيره . ولكل من النوعين حكم يخصه .

فأما الإقرار بالنسب الذى فيــه تحميل النسب أبتــداء على نفس المقر كالإقرار بالبنوّة أو الأبوّة أو الأمومة فإنه يثبت به النسب لأن الإقرار حجة على المقر .

وبناء على هذا من أقر بأن هذا الغلام ابنه أو هــذه الطفلة بنته يكون إقراره حجة عليه، ويثبت بهــذا الإقرار بنوّة الغلام، أو الطفلة له، وأبوّته لهما، ويكون لكل منهما عليــه حقوق الأولاد على أبيهــم ، وله عليهما حقوق الأب على أولاده بشرط توافر شروط ثلاثة :

(الأوّل) أن يكون الغــلام أو الطفلة مجهولى النسب لا يعرف لواحد منهما أب ، لأنه إن كان أحدهما ثابتا نسبه من غير المقر لا يصح الإقرار ، لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ .

(الثــانى) أن يكون هذا الغلام أو هذه الطفلة ممن يولد مثله لمثل المقر، لأنه إن كان أحدهما لا يولد مثله لمثل المقر، كأن كان يساويه فى السنّ أو يدانيه كان الظاهر مكذبا هذا الإقرار فلا يصح .

(الثــالث) أن يصادقه الغــلام أو البنت إذا كانا أهــلا للمصادقة بأن كانا فى سنّ التمييز، لأن هذا الإقرار فى الحقيقة هو اعتراف على نفس المقر بأنه أب، ودعوى على المقر له بأنه ابن، ودعوى الإنسان على غيره لا تثبت إلا ببينة، أو بمصادقة المدعى عليه . فلهذا اشترطنا مصادقة المقر له إن كان مميزا. وأما إذا كان غير أهل للمصادقة بأن كان غير مميز، فإنه يعتبر مصادقا لأن مصلحته فى أن يكون ثابتا نسبه والشأن فيه أن يصادق .

ومن أقرت بأن هذا الغلام ابنها أو هذه البنت بنتها وتوافرت هــذه الشروط الثلاثة ، ثبت بهذا الإقرار أمومتها للغلام أو البنت وبنوّتهما لها ويكون لها عليهما حقوق الأم على أولادها ولها عليها حقوق الأولاد على أمهم .

وإذا كانت هــذه المقرّة زوجة أو معتدّة وصادقها زوجها على إقرارها كانت هــذه المصادقة إقرارا منه بنسب الغلام أو البنت فيثبت بهذه المصادقة إبوّته لهما

وبنوّتهما له . وأما إذا لم يصادقها فان قال ليس ابنى من ولدته زوجتى أو معتدّتى فهذا إنكار نسب ولد ثابت نسبه بالفراش وسبيله اللعان كما تقدّم .

وأما إذا لم يصادقها بأن قال لم تلد أصلا وهذا المقرّ له لقيط ، أو قال لم تلد هذا المقرّ له بعينه لأن من ولدته بنت وهـذا غلام ، ففى هاتين الحالين يكتفى من الزوجة فى الإثبات بشهاده القابلة العادلة .

وإذا أقرّ غلام مميز أو صـغيرة مميزة بأن هـذا الرجل أبوه أو هـذه المرأة أمه وتوافرت الشروط الثلاثة ثبت بهـذا الإقرار بنوّة الغلام أو الطفل للمقرّ له ، وأبوّة الرجل وأمومة المرأة للمقرّ، معاملة للمقرّ باقراره وللمصادق بمصادقته .

هذه أحكام الإقرار بالبنوّة أو الأبوّة .

وأما الاقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب ابتداء على غير المقرّ كالإقرار بأن هذا أخوه، أو عمه، أو ابن ابنه، فهذا لا يثبت به النسب ممن حمل عليه، فلا يكون المقرّ له بالأخوة ابنا لأبى المقرّ، ولا يكون المقرّ له بالعمومة ابنا لجدّ المقرّ، ولا يكون المقرّ له الأخير ابنا لابن المقرّ، لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقرّ، وليس حجة على غيره، إلا اذا صادقه هذا الغير أو أقيمت عليه بينة .

بنـاء على هذا من أقرّ لآخر أنه أخوه لاتثبت بهذا الاقرار أخوته، فلا يعتبر ابنا لأبيه، ولا أخا لأخوته، ولا عما لأولاده . وانما يترتب على هذا الاقرار معاملة المقرّ نفسـه بأقراره فى حق نفسه فقط بحيث لا يكون لهـذه المعاملة أثر فى حق غيره . فاذا كان المقرّ له فقيرا والمقـرّ غنيا تفرض له عليه نفقة الأخ على أخيه، واذا مات المقـرّ وليس له ورثة أصلا أو ورثتـه زوجته فقط استحق المقرّ له كل تركته فى الحال الأولى وما بقى بعد نصيب الزوجة فى الحال الثانية لأنه ما دام لا ضرر على أحد فى معاملة المقرّ باقراره يعامل به فيكون المقرّ له أولى بتركة المقرّ أو بما بقى بعد نصيب زوجتـه ، وإذا مات أبو المقرّ فان ما يرثه المقرّ من تركة أبيه يشاركه فيه المقرّ له إما مناصفة أو للذكر مثل حظ الأنثيين حسب الفريضة الشرعية، لأن إقرار

المقر لشخص بأنه أخوه هو اعتراف منه بأن له نصيبا فى تركة أبيه، فيعامل باعترافه فى حق نفسه فقط، ويشاركه المقر له فى نصيبه، ويعتبر ما فى أيدى سائر الورثة بمنزلة الهالك لعدم قيام حجة عليهم باخوته، وكأن تركة المتوفى هى مافى يد المقر فقط فيشاركه فيه .

٣ — البينة

كما يثبت النسب بالفراش وبالاقرار على ما تقدم يثبت بالبينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول . فاذا ادعى واحد على آخر بنوّة ، أو أبوّة، أو أخوة، أو عمومة، أو أى نوع من القرابة، وأنكر المدّعى عليه دعواه، فان للمدّعى أن يثبت النسب الذى ادعاه بالبينة الكاملة، ومتى صحت دعواه، وكانت بينته كافية لاثباتها ، وحكم له بثبوت نسبه الذى ادعاه، صارت له كل الحقوق والأحكام المقرّرة شرعا بسبب البنوّة، أو الأبوّة، أو الأخوّة، أو العمومة أو غيرها من أنواع القرابة .

غير أنه يراعى الفرق بين دعوى البنوّة والأبوة، وبين دعوى الأخوة والعمومة وشبهها .

فاذا كانت الدعوى بالأبوّة، أوالبنوّة، والأب أو الابن المدّعى عليه حىّ، تسمع الدعوى مجرّدة عن أن تكون فى ضمن حق آخر . ويرد الاثبات على النسب قصدا وأما إذا كان الأب أو الابن المدعى عليه ميتا فلا تسمع الدعوى إلا فى ضمن دعوى حق آخر. ولا يرد الاثبات على النسب قصدا، بل يثبت فى ضمن اثبات الحق المدَّعَى ووجه الفرق أن البنوّة أو الأبوة فى حال حياة الأب أو الابن المدّعى عليه تقصد لذاتها ويدعى بها قصدا. وأما بعد موتهما فلا تكون البنوّة أو الأبوة مقصودة لذاتها، بل لما يترتب عليها من حقوق وأحكام فيكون موضوع الخصومة هو هذه الحقوق فلابدّ أن تكون الدعوى فى موضوع الخصومة الحقيق والنسب يثبت فى ضمن إثبات الحق الذى يترتب عليه .

وأما إذا كانت الدعوى بالأخوّة أو العمومة أو غيرهما من أنواع القرابة، فلا تسمع الدعوى بهذا النسب إلا فى ضمن دعوى حق آخر، ولا يرد الاثبات على هذا النسب قصدا سواء كان المدّعى الانتساب اليه حيا أو ميتا، لأن هذا النسب لا يقصد لذاته لا فى حال الحياة ولا بعد الوفاة، وإنما المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة، والارث، والاستحقاق فى وقف، فهذه الحقوق هى موضوع الخصومة الحقيق والدعوى يشترط لصحتها أن تكون فى موضوع خصومة حقيقية بين المتداعيين. لهذا لا بد فى دعوى هذا النسب أن تكون فى ضمن دعوى حق آخر مطلقا.

وإنما تلزم البينة الكاملة لاثبات النسب عند الانكار اذا لم يكن النزاع بين الزوج وزوجته أو معتدّته.

أما إذا تنازع الزوج وزوجته حال قيام الزوجية فى شأن ولد ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر بعد العقد فهذا النزاع له صور ثلاث:

(الأولى) أن يصادقها على أنها ولدت هذا الولد وينفى نسبه منه.

(الثانية) أن يصادقها على أنها ولدت وينكر أنها ولدت هذا الولد بعينه بأن يقول أنها ولدت بنتا وهذا غلام.

(الثالثة) أن ينكر أنها ولدت أصلا بأن يقول أنها ما ولدت وهذا الولد لقيط.

ففى الصورة الأولى يفصل فى النزاع بطريق اللعان، لأن الزوجية الصحيحة قائمة، والولادة لتمام ستة أشهر فأكثر، فلا ينتفى نسب الولد إلا باللعان وبالشروط التى قدّمناها.

وفى الصورتين الثانية والثالثة النزاع إنما هو فى تعيين المولود، أو فى أصل الولادة، فللزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها من تعيين المولود، أو أصل الولادة بشهادة امرأة حرة مسلمة معروفة بالعدالة ولا يلزم للاثبات بينة كاملة أى رجلان

أو رجل وامرأتان وذلك لأن النسب ثابت بالفراش ، والمراد اثباته هو تعيين المولود أو أصل الولادة وهما من الأمور التى لا يطلع عليها إلا النساء ، فاذا لزم لاثبات مثل هذه الأمور بينة كاملة نال الوالدات حرج ، والحرج مدفوع شرعا . وقد أجاز رسول الله شهادة القابلة . وقال ابن شهاب الزهرى : "قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن" وكذلك لها أن تثبت ما أنكره بشهادة الطبيب الذى باشر ولادتها ، أو أى رجل شاهد ولادتها غير متعمد .

وأما إذا كان النزاع بين الزوج ومعتدّته ، فاذا ادعت المعتدّة الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وأنكرها الزوج فهذا له حالتان :

(الأولى) أن يكون الزوج لم يقر بالحبل وليس الحبل ظاهر .

(الثانيـة) أن يكون الزوج أقر به أو كان ظاهرا .

فان كان الزوج لم يقر بالحبل وليس حبلها ظاهرا ، فـلا تثبت الولادة التى أنكرها الزوج إلا ببينة كاملة أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك لانقطاع الزواج بسبب انقضاء العدّة بالولادة ، فصارت المرأة أجنبية ، وثبوت النسب من الأجنبية لا يكفى فيه إلا البينة الكاملة — وهذا قول الامام . —

وقال الصاحبان تكفى شهادة القابلة فى هذه الحالة لأن الفراش قائم بقيام العدّة فالنسب ثابت به ، والمحتاج الى اثباته هو الولادة ، وتكفى فى إثباتها شهادة القابلة .

وأما ان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فالولادة تثبت بمجرد دعوى المعتدّة من غير حاجة الى شهادة أصلا ، لأن الحبل المفضى الى الولادة ثابت بظهوره ، أو بالاعتراف به ، فيثبت ما يفضى اليه وهو الولادة — وهذا قول الامام — وقال الصاحبان لا تثبت إلا بشهادة القابلة لأن دعواها أنكرها الزوج فـلا بد من اثبات ما أنكره .

ومثـل المعتدّة من الطلاق فى هـذه الأحكام معتدّة الوفاة إذا نازعها الورثة وأنكروا ما ادعته من الولادة لأقل من سنتين من حين الوفاة .

وأما اذا ادعت المعتدّة من طلاق أو وفاة الولادة لأقل من سنتين ، ولم ينكر المطلق ولا الورثة نفس الولادة، وإنما أنكروا أن هذا هو المولود بعينه فهذا التعيين يثبت بشهادة القابلة .

ويراعى أن هذه الأحكام بالنسبة للمعتدّة تخالف ما عليه العمل بالمحاكم الشرعية من بعض الوجوه لأن المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نصت على أنه لا تسمح عند الانكار دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق والوفاة .

ويراعى أيضا أنه لو أقيمت بينة على الاقرار بالنسب تقبل، وإذا حكم بهذه البينة ثبت الاقرار وعومل المقر باقراره ولكن ذلك مقيد بما جاء بالمادة ١٢٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : " لا تقبل دعوى بالاقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها، ولا الشهادة به ، إلا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء، أو كان مكتوبا وعليه امضاء المقر وختمه، أو وجدت كتابة تدل على صحته " .

اللقيـــط

اللقيط مولود حديث العهد بالولادة غالبا ، رماه أهله فرارا من تهمة الزنا ، أو خوفا من الفقر، أو لأى باعث حملهم على هذا .

التقاطـــه — والتقاطه فرض عين على من وجده فى مكان يغلب فيه هلاكه، بحيث لو تركه كان آثما مضيعا نفسا حية ، ومن وجده فى مكان لا يغلب فيه هلاكه يندب له التقاطه شفقة عليه .

وهو حرّ يعامل فى نفسه وماله بأحكام الأحرار لأن الأصل فى الانسان الحرية . ومسلم يعامل بأحكام المسلمين لأن الظاهر فيمن يوجد ببلد إسلامى أنه مسلم . إلا إذا وجد فى مَحِلة هى مقر غير المسلمين وكان واجده غير مسلم فانه يكون على دين واجده .

إمساكه — وملتقطه أحق بإمساكه[1]، لأنه هو الذى أحياه بالتقاطه وسبقت يده اليه، فليس لأحد من حاكم أو غيره أن يأخذه منه جبرا عنـه إلا أن وجد سبب يقتضى أخذه منه كأن يكون غير أهـل لحفظه، وإن التقطه أكثر من واحد فالأحق بإمساكه منهم أرجحهم بالاسـلام أو الحرية أو القدرة على الحفظ أو غير ذلك من المرجحات، فان استووا ولا مرجح فالرأى للقاضى يجعله عند أيهم يراه خيرا للقيط .

الولاية عليـــه — ولا ولاية على اللقيط لأحد لا فى نفس ولا فى مال، ولا للملتقط ولا لغيره، والولاية عليه للحاكم لأنه ولى من لا ولى له، وإنمـا يكون لملتقطه الذى يمسكه ولاية المحافظة على نفسه وماله فيشترى مالا بدله منه من طعام وكسوة، ويتخذ ما يلزم لتعليمه علما أو حرفة، ويقبض ما يوهب له أو يتصدّق به عليه . وإن وجد معه حين التقاطه مال فهو ملك له ليس لأحد ولاية التصرف فيه وعلى الملتقط أن يحافظ عليه وليس له أن ينفق عليه منه إلا باذن القاضى، فان أنفق على اللقيط بغير إذن القاضى ولم يشهد عنـد الانفاق أنه أنفق ليرجع فى مال اللقيط فهـو متبرع . وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته فى بيت المـال .

نسـبه — وبمـا أن اللقيط مجهول النسب ومن مصلحته أن يثبت نسبه فاذا ادعى أى شخص سواء كان الملتقط أو غيره أنه ابنه ثبت نسبه منه بمجرد الدّعوة . واذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط إلا اذا أقام الآخر بينة على دعواه . واذا ادعاه اثنان ليس أحدهما الملتقط رجحت دعوى أسبقهما إدعاء، إلا اذا أقام الآخر البينة، وأن ادعياه معا فهو لمن أقام البينة، وإن لم تكن لأحدهما بينة فهو لمن وصفه بعلامة تبين أنها فيه، وكذلك اذا ادعت امرأة أنه ابنها ثبتت أمومتها له بمجرد الدعوة .

---

(١) والنظام المتبع الآن أن من وجد لقيطا يسلمه الى وجال البوليس وهؤلاء يرسلونه الى ملجأ اللقطاء ومن أراد أخذ لقيط لتربيته يسلم اليه بعد تحريات وتعهدات تكفل مصلحة الطفل وتربيته والمحافظة عليه .

التبـنى — كل موضع يثبت فيه نسب اللقيط ممن ادعاه يكون ابنا شرعا لمدعيه ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه وما للابن على أبيه لأنه مجهول النسب وهـذه الدعوة إقرار بنسبه . وهذا بخلاف ما اذا كان ولد معروفا نسبه وتبناه رجل غير أبيه، فهذا التبنى لا يثبت به نسب من المتبنِّى، لأن النسب الثـابت كما قدّمنا لا يقبل الفسخ، وعلى هذا لا يكون المتبنَّى « ويسمى الدَّعِىّ » ابنا لمن تبناه، ولا يجب لأحد منهما على الآخر حق أبوة ولا بنوّة، قال تعالى فى سورة الأحزاب : ﴿ وما جَعَل أدْعِيَاءَكم أبناءَكم . ذَلِكُم قولُكم بِأَفْواهِكم . والله يقولُ الحقَّ وهو يَهـدِى السبيلَ . أدعوهُمْ لآبائِهم هو أقسطُ عند الله ﴾ .

الرضـاع

للرضاع أحكام من حيث هو سبب من أسباب تحريم الزواج . وأحكام من حيث هو واجب للطفل فى أوّل حياته .

الرضاع الموجب للتحريم

فأما الرضاع الذى هو سبب من أسباب تحريم الزواج فهو مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية فى مدة الرضاع التى هى الحولان الأوّلان من حياته . لقوله تعالى ﴿ وفِصاله فِي عامينِ ﴾ . وقوله سبحانه ﴿ وَالوالداتُ يُرضِعْن أولادَهُنَّ حَولَيْن كامِلين لِمَن أرَادَ أن يُتِمَّ الرَّضَاعة ﴾ . فاذا رضع الطفل من المرأة فى أثناء الحولين الأوّلين من عمره كانت هذه المرضعة أما له من الرضاعة، وأولادها أخوة له من الرضاعة سواء ولدتهم قبل ارضاعه أو وقته أو بعده، وزوجها الذى كان سببا فى إدرار لبنها أبا له من الرضاعة، وحرم بهذا الرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة . على ما تقدّم بيانه فى المحرّمات من النساء .

وأما اذا رضع الطفل من المرأة بعـد الحولين الأوّلين من عمره، فهذا الرضاع لا يكون سببا من أسباب التحريم سواء كان الطفل قد فطم أو لم يفطم . وعلة هذا

أن السبب فى التحريم بالرضاع هو كون الارضاع يجعل الرضيع بجزء من مرضعته فيكون بمنزلة المولود من والدته، وهذه الجزئية انما تتحقق اذا تغذى الطفل بهذا اللبن فى الوقت الذى لا ينبت فيه لحمه وعظمه غالبا إلا به وهو الحولان الأولان من عمره فالرضاعة فى ا لحولين الأولين هى وحدها فى الغالب سبب تكوين الطفل فتثبت بها الجزئية والتحريم . وأما بعد الحولين فلا تكون فى الغـالب غذاء الطفل وحدها ولاتثبت بها البعضية ولا التحريم، ولا فرق بين قليل الرضاع وكثيره متى تحقق حصوله فى مدّة الرضاع، لأن الله سبحانه قال فى بيان المحرمات: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِى أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ . وبالمرة والمرات والقليل والكثير يصدق أنها أرضعت، فلا يشـترط للتحريم عدد من الرضـعات ولا مقدار من لبن المرضعة، وانمـا الشرط للتحريم أن يتحقق من وصول لبن المرضـعة الى جوف الطفل فى مدة الرضاعة سـواء كان بطريق امتصاصـه ثديها ، أو سقيـه له ، فاذا لم يتحقق من وصـول اللبن الى جوفه بأن التقم الثدى ولم يدر أرضـع أم لا ، فلا يثبت التحريم لأنه لا يثبت بالشـك .

واذا اختلط لبن الآدميـة بطعام ونضج بالنار فلا يتعلق به تحريم . وأما اذا خلط بسائل آخر من لبن أو ماء أو دواء، فان كان هو الغالب يتعلق به التحريم ، وان كان مغلوبا لا يتعلق به التحريم .

واذا اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى تعلق التحريم بأغلبهما . فان استويا حرمتا . وقال محمد تحرمان مطلقا الغالب لبنها وغيرها، وهذا هو الظاهر .

واذا تزوّج رجل امرأة ثم تبين أنها تحرم عليه رضاعا وجب عليهما الافتراق رفعا لهذا الزواج الفاسـد، وان لم يفترقا رفع أى انسان بطريق الحسبة دعوى تفريق . فاذا افترقا أو حكم بالفرقة كان الحكم حكم الفرقة بعد أى زواج فاسد .

الرضـاعــة

متى تجب على الأم الرضاعة — إرضاع الأم ولدها واجب عليها شرعا تجبر على القيام به اذا تعينت له بأن كان ولدها لا يقبل ثدى غيرها . أو لا توجد من ترضعه سواها . أو لم يكن للولد ولا لأبيه مال تستأجر به مرضعة . لقوله تعالى : ﴿ والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أولادَهُنَّ ﴾ أى يجب عليهن الإرضاع، كما فى قوله سبحانه : ﴿ والمطلقَاتُ يتَربَّصن بِأنفسِهِن ثلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . أى يجب عليهن التربص .

فاذا لم تتعين أم الطفل لإرضاعه بأن لم توجد حال من الحالات الثلاث السابقة فلا يجب عليها إرضاعه ولا تجبر على القيام به اذا امتنعت منه . وعلى أبيه فى هـذه الحالة أن يستأجر مرضعة له وأجرتها عليه فى ماله اذا لم يكن للطفل مال لأنهـا من نفقته والأب ملزم بنفقة ابنه الصغير الفقير .

والمرضـعة التى تستأجر لإرضاع الطفل تسمى الظِّئر . وعقد الاجارة معها على إرضاعه عقد صحيح يلزم أباه بالأجر المتفق عليه . ويلزمها بأن ترضع الطفل فى المدّة المتفق عليها، وعلى حسب الاتفاق يكون إرضاعها له . فاما أن تقيم به عند حاضنته أمّا كانت أو غيرها، وإما أن ترضعه عندها ثم تذهب وتعود، وإما أن يحمل اليها فى منزلها لترضعه . واذا لم يتفق على شىء من هذا فعليها أن ترضعه عند حاضنته حتى لا يفوت على الحاضنة حقها فى حضانته . واذا انقضت مدّة اجارة الظئر والطفل لا يقبل ثدى غيرها تجبر على مد مدّة الاجارة حتى يقبل ثدى غيرها أو يستغنى عن لبنها بأية وسيله صيانة له من الهلاك .

واذا كان الطفل يقبل ثدى أمه وغيرها وأرادت أمه إرضاعه فهى أحق بارضاعه، وليس لأبيه أن يعطيه لغيرها ترضعه إلا بمبرر شرعى كأن توجد من تتبرع بارضاعه وتأبى أمه أن ترضعه إلا بأجر .

أجرة الرضاعة — إذا أرضعت الطفل أمه سواء كان إرضاعه واجبا عليها فيما إذا تعينت له ، أو غير واجب عليها فيما إذا لم تتعين له ، وكانت زوجيتها بأبيه قائمة حقيقة . أو كانت فى عدّة طلاقه الرجعى أو البـائن . فلا تستحق أجرة على هـذا الارضاع ،لأن لها على أبيه نفقة الزوجية أو نفقة العدّة ، فلا تستحق مع نفقتها أجرة إرضاع ولدها . وفى المذهب قول آخر راجح يقضى بأن معتدّة الطلاق البائن تستحق أجرة إرضاع ولدها لأنها بالبائن انقطعت زوجيتها . ولكن عمل المحاكم الشرعية على الأوّل بلا فرق بين معتدّة الرجعى والبائن ، لأن لكل منهما النفقة فلا تستحق معها أجرة رضاعة .

وأما إذا أرضعت الطفل أمه بعد انقضاء عدّتها من أبيه فأنها تستحق أجرة على إرضاعه ، لأنها انقطعت زوجيتها ولا نفقة لها على أبيه . قال تعـالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عليهن حتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فإن أرضَعْنَ لكُم فآتوهُن أجُورَهن ﴾ . والظاهر أن المعتدّة التى مضت عليها سـنة من تاريخ الطلاق وصارت لا حق لهـا فى المطالبة بنفقة العدّة حسب المـادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تستحق بعد تمام السنة أجرة الرضاعة لأنها بمنعها من المطالبة بنفقة العدّة لمضى سنة صارت مثل التى انقضت عدّتها فى أنها لا نفقة لها .

وأما إذا أرضعت الطفل غير أمه سواء كانت قريبـة له أو أجنبية منـه فانها تستحق الأجرة عل إرضاعه فى كل حال .

وأجرة الرضاع هى من نفقة الصغير والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية المصرية ، ويكون حكمها فيها نهائيا إذا لم يزد ما يطلب الحكم به على مائة قرش فى الشهر ، أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين . ويكون حكمهـا فيها ابتدائيا قابلا للاستئناف إذا زاد المطلوب أو المحكوم به عن ذلك .

وفى الحـالة التى تستحق فيها الأم أجرة الرضاع وهى فيما إذا انقضت عدّتهـا تكون هـذه الأجرة حقا لها من حين قيامها بالارضاع ولا يتوقف استحقاقها لها

على عقد إجارة مع الأب . وتكون من الديون الصحيحة التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولا تسقط بموت الرضيع ولا بموت الأب ، وتكون مستحقتها دائنة له أسوة غرمائه . ويصح لها أن تصالح أباه على شىء معين تأخذه بدلا عنها ، لأن هذه الأجرة المستحقة لها دين صحيح خالص حقها فتصطلح على أخذ بدل عنه كيفما تشاء وعلى الأب أن يؤدّى لها البدل الذى اصطلحا عليه .

أما فى الحال التى لا تستحق فيها أم الطفل اجرة الرضاع وهى فيما اذا كانت زوجة لأبيه أو معتدّته فلا يكون لها حق قبله على إرضاعه، واذا صالحها على بدل لا يصح الصلح ولا يلزم بشىء .

التبرع بالرضاعة — اذا أبت الأم أن ترضع طفلها إلا بأجر معين ووجدت امرأة قريبة له أو أجنبية منه ترضعه مجانا أو بأقل من أجر أمه فالمتبرعة أو الراضية بالأجر الأقل أولى لأن الغرض تغذية الطفل بارضاعه وفى إعطائه للمتبرعة تحقيق هذا الغرض من غير إضرار الأب بالزامه أجرا لا تقتضيه ضرورة : قال تعالى ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدة بِوَلَدِها . وَلَا مَوْلُودٌ له بِوَلَدِهِ ﴾ و إذًا فالأم تخير بين أن ترضعه تبرعا أو بالأجر الأقل وبين أن تسلمه للمتبرعة، وعلى المتبرعة أن ترضعه عندها حتى لا يفوت عليها حقها فى حضانته . ومحل هذا اذا كانت الأم غير متعينة لإرضاعه بأن كان الطفل يقبل ثديها وثدى غيرها ، وستأتى مقارنة بين المتبرعة بالرضاعة والمتبرعة بالحضانة .

الحَضَانة

تعـــريفها — الحضـانة شرعا تربية الطفل والقيام بشئونه فى سنّ معينة ممن له حق فى تربيته من محارمه .

من له حق الحضـانة — لما كانت حاجة الطفل فى أوّل أطوار حيـاته ترجع الى تدبير طعامه وملبسه ونومه ونظافته وأمثال هذه الحاجات التى تقدر عليها النساء أكثر من الرجال لوفور شفقتهن وصبرهن كان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء . فان لم توجد له محرم من النساء، أو وجدت وليست أهلا لحضانتـه انتقل الحق فى حضانته الى محارمه من الرجال العصبة . فان لم يوجد عاصب محرم له ،أو وجد وليس أهلا لحضانته انتقل الحق فى حضانته الى محارمه من الرجال غير العصبة .ولمـا كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانته ما دامت أهلا لها، سواء كانت زوجة لأبيه أو مطلقة منه، وكانت محارمه اللاتى ينتسبن اليه بأمه أحق بحضانته من محارمه اللاتى ينتسبن اليه بأبيه عند اسـتواء المرتبة قربا . وعلى هذا فترتيب أرباب الحق فى الحضانة من المحارم كما يأتى :

أحق النساء المحارم بحضانة الصـغير[1] أمه . ثم أم أمه و إن علت، ثم أم أبيـه و إن علت، ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأم. فالأخت لأب .ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأم ، ثم خالاته بتقديم الشقيقة فالخـالة لأم فالخالة لأب، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنـات الأخوة بتقـديم بنت الأخ الشقيق فبنت الأخ لأم فبنت الأخ لأب، ثم عمـاته بتقديم العمة الشقيقة، فالعمة لأم فالعمة لأب، ثم خالات أبيـه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة فى كل منهن فالتى لأم فالتى لأب :

فان لم توجد من هاته المحارم واحدة،أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقـل الحق فى حضانة الصغير الى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم فى الارث .

---

(١) المراد الشخص الصغير سواء كان بنتا أو غلاما فلا فرق بين طفل وطفلة وصغير وصغيرة .

فالأحق بحضانة الصغير من عصبته المحارم أبوه، ثم أبو أبيه وان علا. ثم أخوه الشقيق، ثم أخوه لأب. ثم ابن أخيه الشقيق، ثم ابن أخيه لأب، ثم عمه الشقيق، ثم عمه لأب، ثم عم أبيه الشقيق، ثم عم أبيه لأب .

فان لم يوجد من عصبته الرجال المحارم أحد، أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته الى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب .

للجد لأم ، ثم للأخ لأم، ثم لابن الأخ لأم ، ثم للعم لأم، ثم للأخوال بتقديم الشقيق، فالخال لأب فالخال لأم .

فمن هذا يتبين أن الحق فى حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء، فمحارمه الرجال العصبة، فمحارمه الرجال غير العصبة، على أن يراعى فى الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه .

واذا فقريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم فى حضانتـه، فلا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق فى حضانة الصبى . ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الصبى ولهن الحق فى حضانة الصبيـة . والمحارم غير القريـاب كالأم رضاعا والأخت رضاعا لا حق لهن فى الحضانة .

الأهلية للحضانة : يشـترط فى الحاضنة أمًا كانت أو غير أم شروط ثمـانية اذا توفرت فيهـا مع توفر شفقتها بقرابتهـا المحرمية تحقق الغرض المقصود وهو تربيـة الصغير والقيام بشئونه خير قيام . وهى أن تكون حرة، لأن المملوكة مشغولة بخدمة مالكها عن تربيتـه ، عاقلة، لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخشى عليه منها، بالغة، لأن أخته الصغيرة مثلا فى حاجة الى الحضانة . قادرة على تربيته والمحافظة عليه ، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأى مرض يعجزها عن القيام بشئونه والمحافظة عليه لا تكون أهلا لحضانته، أمينة عليه، فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلها ومهملة شئون

الأولاد بحيث يترتب على هـذا خشية ضياعهم أو لحوق الضرر بهم لا تكون أهلا للحضانة، غير مرتدة ، لأن المرتدة عن الاسلام تحبس حتى تعود اليه فلا تقدر على الحضانة، غير متزوجة بأجنبي من الصغير، بأن تكون غير متزوجة أصلا، أو متزوجة بقريب محرم من الصغير كعمه مثلا ،لأن زوجها إذا كان أجنبيا منه لا يعطف عليه ولايمكنها من العناية بتربيته، غير مقيمة فى بيت فيه من يبغضه ،لأن فى مقام الطفل مع من يبغضه تعريضه للخطر والضرر .

وكذلك إذا انتقل حق الحضـانة إلى الرجال المحارم . سواء كانوا العصبة أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلا لحضانة الصغير إلا إذا كان أمينـا عليه، قادرا على تربيته ، فلو كان فاسقا أو مفسدا أو غير قادر على تربيته لجنون أو عته أو مرض ، فلا حق له فى حضانته .

والحاضنة أما كانت أو غير أم ، لا يشـترط فى أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه فى الدين، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهى أحق بحضانته لأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشئون ابنهـا أو الأخت بشئون أخيهـا لا تختلف باختلاف الدين؛ إلا إذا ظهر أن فى وجوده معها خطرا على إسلامه فلا تكون أهلا لحضانته. وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم فيشترط فى أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتحاده معه فى الدين، لأن حق حضانتهـم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين .

والظاهر أنه إذا انتقل حق الحضانة إلى المحارم الأقارب من الرجال غير العصبة لا يشترط اتحاد الدين لأن علة الاستحقاق هى القرابة المحرمية لا التوارث .

و إذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كلهم أهـل لحضانة الصـغير ودرجة قرابتهم به واحدة، كعدّة أخوات شقيقات أو عدّة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضانته أصلحهم، لتربيته، فان تساووا من كل جهة يختار القاضى من بينهم من يشاء .

ومجرّد فسق الحاضنة أو سوء سلوكها لا يجعلها غير أهل لحضانة الصغير إلا اذا كان يؤدى ذلك إلى ضياع الولد أو اعتياده أخلاقا تضره .

مدّة الحضانة — أصل المذهب أن مدّة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهى باستغنائهما عن خدمة النساء وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأوّلية من أكل ولبس ونظافة . ولم تقدّر لهذا سنّ معينة، ولكن مجتهدى المذهب قدّروا سنّ الاستغناء للغلام بسبع سنين، وللبنت بتسع سنين وهذا ما عليه الفتوى . وعليه تنتهى مدّة حضانة الغلام إذا أتم سبع سنين، وتنتهى مدّة حضانة البنت إذا أتمت تسع سنين ، ولكن رئى أن الحاجة داعية لأن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع ، فان رأى مصلحتهما فى بقائهما فى حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير ، و إحدى عشرة فى الصغيرة . وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء . ولهذا وضعت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : "للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع . وللصغيرة بعد تسع سنين الى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك " . وتقدير هذه المصلحة موكول الى القاضى .

أجرة الحضانة — أجرة الحضانة كأجرة الرضاعة لا تستحقها الأم حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما لأن لها نفقة الزوجية أو نفقة العدّة ، وتستحقها بعد انقضاء عدّتها ، أو منعها من المطالبة بنفقة عدّتها لمضى سنة من تاريخ طلاقها على ما استظهرناه . وأما غير الأم فتستحق أجرة الحضانة مطلقا ، وهى أيضا من نفقة الصغير كأجرة رضاعه . والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية المصرية تارة بصفة نهائية وتارة بصفة ابتدائية على ما بينا فى أجرة الرضاعة . وتكون هذه الأجرة حقا لمن تقوم بالحضانة من حين قيامها بها بلا توقف على القضاء لأنها جزاء على عمل . وتكون دينا صحيحا لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ويصح لمن تستحقها أن تصالح

أبا الصغير عنها على بدل تأخذه ويلزم الأب بهـذا البدل لأن أجرتها دين صحيح هو خالص حقها .

واذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، فلها أن تطلب من الأب إعداد مسكن لحضانته فيه أو فرض أجرة مسكن .

واذا احتاجت فى حضانته إلى خادم وأبوه موسر فلها أن تطالبه باحضار خادم أو فرض أجرة خادم .

وعلى هذا فقد يحكم للصغير على أبيه بنفقة لاصلاحه . وأجرة لرضاعه . وأجرة لحضانته . وأجرة مسكن لحاضنته . وأجرة خادم له . وبدل فرش وغطاء .

الحضانة فيها حق للصغير وللحاضنة — الحضانة بمعنى تربية الطفل فى سنّ معينة فيها حق للطفل نفسه، وحق لمن تقوم بتربيته، لأن الشارع قدّر مصلحة الصغير فى أن يقوم بتربيته فى أطوار صغره من هو أقدر على تربيته، فجعل لأمه وسائر قريباته المحارم الحق فى أن تمسكنه فى سنّ هنّ أقدر على تدبير شـئونه فيها . وجعل لأبيه وسائر أقاربه المحارم من عصبته الحق فى أن يمسكوه فى سنّ بعد ذلك هم أقدر على تدبير شئونه فيها .

ويتفرّع على أن الحضانة فيها حق للصغير، أنه ليس للأم أن تصالح أباه على أن تتركه عنده فى مدّة حضانته فى أى مقابل لأن هذا صلح فيه تفويت حق الصغير، فلا يصح الصلح ولا يستحق بدله . وأنه لو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك ولدها عنده مدّة الحضانة فالخلع جائز والشرط باطل لمـا فيه من تفويت حق الصغير، وأنه اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة مع تعينها لهـا لعدم وجود غيرها تجبر عليها مراعاة لحق الصغير .

ويتفرّع على أن الحضانة فيها حق للحاضنة، أنه اذا أرضعت الطفل مرضعة غير حاضنته يجب عليها أن ترضعه عنـد حاضنته حتى لا يفوت عليها حقها . وأنه

ليس للاب أن ينقل الصغير من البلد الذى تقيم فيه حاضنته لأن فى هـذا تفويت حقها . وأنه ليس للأب أن يأخذه من يد حاضنته المستوفية شروط الحضانة ليعطيه من دونها فى المرتبة لأن هذا إضاعة لحقها ، إلا فى حال المتبرعة على التفصيل الآتى .

ويراعى التفريق بين نفس الحضانة والأجرة عليها . فالحضانة نفسها ليست حقا خالصا للحاضنة بل فيها حقها وحق الصغير على ما بينا . وأما الأجرة عليها فهى خالص حقها فلها أن تصالح عليها وتختلع نفسها بها وتتنازل عنها ، لأن صاحب الحق يتصرف فى خالص حقه كيف شاء .

التبرع بالحضانة — إذا أبت أم الصغير أن تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هى أهل لحضانته . كجدته لأبيه أو عمته تتبرع بحضانته ، فان كان الأجر مستحقا على الصغير فى ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه ، فانه يسلم للمتبرعة لأن فى هذا صيانة ماله من غير إضرار به لأن المتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هى من محارمه .

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب ، فان كان الأب موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لوفور شفقتها ولا ضرر على الأب لأنه موسر . وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن فى إلزامه بالأجر مع إعساره إضرارا به ولا تقتضيه ضرورة مع وجود المتبرعة من المحارم .

ومن المقارنة بين التبرع بالرضاعة والتبرع بالحضانة يتبين أن بين أحكامها فرقا من وجهين :

(الأول) أنه لافرق فى المتبرعة بالرضاعة بين أن تكون قريبة للطفل أو أجنبية منه . وقد اشترطنا فى المتبرعة بالحضانة أن تكون من محارم الصغير التى هى أهل لحضانته ، بحيث إذا كانت المتبرعة بحضانته أجنبية منه أو محرما فاقدة شرطا من شروط الحاضنة لا يلتفت اليها وكأنه لم توجد متبرعة .

(والثـانى) أنه عند وجود متبرعة بالرضاعة يعطى لهـا سواء كان للطفل مال أو لا، وسواء كان الأب موسرا أو معسرا. وأما عند وجود متبرعة بالحضانة فلا ينزع من أمه ويعطى لها إلا إذا كان الصغير لا مال له والأب موسر. ومنشأ التفريق أن الغرض من الرضاعة تغـذية الطفل وهو يتحقق من الأم كما يتحقق من غيرها قريبة أو أجنبية فلا فرق بين متبرعة وأخرى، ولا مبرر لالزام الصغير أو أبيه بمال لاضرورة له . وأما الحضانة فالغرض منها التربية ممن هى أهل لها . وهذه الأهلية لا تكون إلا بالقرابة المحرمية مع استيفاء الشروط، فاذا لم تكن المتبرعة فيها هذه الأهلية فات الغرض ولم يتحقق معنى الحضانة . ولا شك أن قيام الأم بهـذه التربية خير للطفل من قيام حاضنة أخرى بها، فلا يعدل عن خير الطفل إلا لموجب وهو عسر الأب أو عدم إضاعة مال الولد .

و إذا أبت أم الصغير الحضـانة إلا بأجر ولا توجد متبرعة من محارمه، وليس للصغير مال، والأب معسر تجبر الأم على القيام بحضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه. وكذلك الحال فى أجرة الرضاعة اذا لم توجد متبرعة، وليس للصغير ولا لأبيه مال .

سفر الحاضنة بالولد — إذا كانت الحاضنة الأم وزوجيتها بأبى الولد قائمـة فليس لها الانتقال إلى أى بلد آخر إلا باذن زوجها، لأن قرارها فى المسكن الشرعى الذى أعدّه لها حق له واجب عليها . وإذا كانت فى عدّة طلاقه الرجعى أو البائن فليس لها الانتقال مطلقا لا باذنه ولا بغير إذنه، لأن اعتدادها فى مسكن العدّة حق للشرع واجب عليهـا . وإذا كانت مطلقة انقضت عدّتهـا فلها أن تسافر بولدها بغير إذن أبيه إلى بلدها الذى هو وطنها وكان عقد زواجهما فيه، سواء كان هذا البلد قريبا من بلد الأب أو بعيدا عنه ، وسواء كان مصرا أو قرية ، لأن مقتضى عقده عليها فى بلد هو وطنها التزامه الرضا باقامتها فيه . وليس لهـا أن تسافر به بغير إذن أبيه إلى بلد انتفى فيه الأمران أو أحدهما بأن كان لا هو وطنها ولا عقد عليها فيه، أو كان وطنها ولم يعقد عليها فيه، أو عقد عليها فيه وليس وطنها، إلا إذا كان هذا

البلد الذى انتفى فيه الأمران أو أحدهما مصرا قريبا بحيث يمكن الأب أن يذهب إليه ويرى ولده ويعود قبل أن يدخل الليل . فان كان مصرا بعيدا أو قرية مطلقا سواء كانت قريبة أو بعيدة فليس لها أن تنتقل إليها إلا باذن الأب .

وأما غير الأم من الحاضنات فليس لها الانتقال بالولد من محل حضانته إلا باذن أبيه مطلقا .

والحكمة فى هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وقريباته المحارم . وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه .

ولهذه الحكمة نفسها ليس للأب أن يخرج الصغير من البلد الذى تقيم فيه أمه ما دام فى حضانتها التى هى أهل لها ، لأن فى هذا الاخراج تفويت حقها وحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد الذى يريد نقله اليه قريبا من أمه أو بعيدا . إلا إذا سقط حق الأم فى الحضانة لسبب من الأسباب ولم يكن فى البلد الذى هى فيه من ينتقل اليه حق حضانة الصغير، فله أن ينقله من بلد أمه الى البلد الذى فيه من لها الحق فى حضانته . واذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة وعاد اليها استحقاقها وجب على الأب أن يعيده اليها حيث تقيم . ومثل الأم فى هذا غيرها من الحاضنات .

وفى كل حالة لا يكون للحاضنة حق السفر بالصغير اذا أبت إلا أن تسافر سقط حقها فى حضانته وانتقل الحق الى من يليها من الحاضنات .

بعد انتهاء مدّة الحضانة — الغلام اذا انتهت مدّة حضانته بأن بلغت سنه سبعا أو تسعا صار الأحق بامساكه أبوه . فان لم يكن له أب فالأحق بامساكه جدّه لأبيه . فان لم يكن له أب ولا جدّ فالأحق بامساكه أقرب عصبته من الرجال، سواء كانوا محارم كأخوته أشقائه، أو غير محارم كأبناء عمه، لأن الغلام بعد بلوغه هذه السنّ يستغنى عن خدمة النساء ، ويصير فى حاجة الى التأديب والتثقيف والتخلق بأخلاق الرجال والأخذ فى أسباب الحياة . وأبوه وسائر عصبته من الرجال أقدر على تدبير هذا من أمه وسائر قريباته من النساء .

ولا خيار للغلام ولا لأبيه وسائر عصبته فى ذلك بل يجبر الغلام على أن يكون عند أبيه أو عاصبه فى هـذا الطور من عمره ، ويجـبر أبوه أو أقرب عصبته على إمساكه اذا امتنع من طلبه، وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير فى أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سنّ الحضانة ليهذبه ويربيه ، فليس للغلام أن يختار غير ما رآه الشارع ، وليس لأبيـه أو عاصـبه أن يمتنع عن القيام به لأن حق الشرع لا يملك أحد تفويتـه . واذا لم يكن للغـلام أب ولا عاصب ولا وصى يبقى عند حاضنته إلا اذا رأى القـاضى مصـلحته فى أخذه منهـا وإبقائه عنـد غيرها ممن يختاره .

ويستمر هذا الحق ثابتا على الغلام لعصبته الى أن يبلغ الحلم .

فاذا بلغ الغلام الحلم بأن بلغت سنه خمس عشرة سنة أو رأى أمارة من أمارات البلوغ قبلها وكان عاقلا ذا رأى يسـتغنى به صار أحق بنفسه وليس لأبيه ولا لأى واحد من عصبته إمساكه جبرا عنه ، بل يكون مخيرا إن شاء انفرد باقامته ، وإن شاء أقام مع أبيه او أمه أو غيرهما، إلا اذا كان بعد بلوغه الحلم مفسدا لا يؤمن على نفسه فان لأبيه أو عاصبه الحق فى إمساكه للمحافظة عليه ودفع الفتنة والعار وتأديبه اذا وقع منه شىء يستوجب التأديب حتى يصير مأمونا على نفسه .

وأما البنت فاذا انتهت مدّة حضانتها بأن بلغت سنها تسعا أو احدى عشرة سنة صار الأحق بامساكها أبوها، ثم جدها لأبيها، ثم أقرب عصبتها من الرجال المحارم كأخوتها الأشـقاء وأعمامها، وليس لعصبتها من الرجال غير المحارم كأبناء عمها حق فى إمساكها ، لأن البنت بعـد تجاوزها سنّ الحضانة واستغنائها عن خدمة النساء تكون حاجتها إلى المحافظة عليهـا وتأديبها وصونها وتحصينها . وعصبتها من الرجال المحارم أقدر على هذا من قريباتها من النساء . ولا خيار للبنت ولا لأبيها أو عاصبها المحرم فى ذلك بل تجبر هى على أن تكون عند عاصبها المحرم، ويجبر عاصبها المحرم على إمساكها إذا امتنع لأن هذا حق الشرع لا يملك أحد تفويته .

ويستمر هذا الحق ثابتا على البنت لأبيها أو عاصبها المحرم الى أن تتزوج، فاذا تزوجت صار حق إمساكها لزوجها . لكن اذا بلغت البنت الحلم ولم تتزوج وكانت بكرا مسنة، واجتمع لها رأى وعفة، أو كانت ثيبا تؤمن على نفسها، فان كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها ، وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الاقامة عنده بل تكون فى هذا كالغلام اذا بلغ الحلم عاقلا ذا رأى يكون أحق بنفسه .

وفى كل موضع يكون للأب أو العاصب الحق فى إمساك الغلام أو البنت، انما يثبت له هذا الحق اذا كان أمينا غير مفسد لا يخشى على أحدهما منه، فان كان غير مأمون عليهما لأنه مفسد مستهتر لا تتحقق مصلحة الصغير بامساكه فلا حق له ويعتبر كعدمه وينتقل الحق الى من يليه .

نفقـــة الأقارب

القرابة سبب لوجوب نفقة القريب على قريبه، كما أن الزوجية سبب لوجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ولا توجب القرابة النفقة إلا اذا كانت محرّمة للزواج ، فان كانت القرابة غير محرّمة للزواج كقرابة أولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، فلا توجب النفقة، وعلى هذا لا تجب نفقة الفقير على ابن عمه أو ابن خاله .

واذا كانت الصلة بين الأقارب جزئية بعضهم من بعض تسمى قرابتهم قرابة الوِلاد كقرابة الأصول والفروع المنحصرة فى عمود النسب . واذا كانت الصـلة ليست كذلك كقرابة الأقارب الخارجين عن عمود النسب، كالأخوة والأخوات تسـمى قرابتهم قرابة غير الوِلاد ، أو قرابة الحواشى ، أو قرابة ذوى الأرحام[1] ، وعلى هذا ينحصر بحث نفقة الأقارب فيما يأتى :

نفقـــة الفرع الواجبة له على أصله .

« الأصل الواجبة له على فرعه .

« الأقارب غير الأصول والفروع الواجبة لبعضهم على بعض .

النفقة الواجبة للفرع على أصله

فى حال وجود الأب — اذا كان الأب موجودا غير عاجز عن الكسب فنفقة أولاده المستحقين للنفقة واجبـة عليـه وحده لا يشـاركه فيها غيره من أم أو جدّ أو سواهما .

---

(١) ففى اصطلاح الفقهاء . ذوو الأرحام فى باب النفقات هم الأقارب الذين ليسـوا من الأصول والفروع كالأخوة والأخوات والأعمـام والعمات والخالات . وأما ذوو الأرحام فى باب المواريث فهم الأقارب الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من العصبة كالجـدّة لأم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت .

دليـــل وجوبها — والدليل على وجوبها قوله تعـالى فى سـورة البقرة : ﴿ وَعَلَى المولود لَهُ رِزْقُهنّ وَكسوَتهنّ بِالمعروفِ ﴾ فقـد أوجب سبحانه على المولود له رزق الوالدات وكسوتهنّ وهـذا الرزق وهذه الكسوة من نفقـة الأولاد . وقد ورد فى الحديث أن زوجة أبى سفيان قالت يارسول الله : أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى مايكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف .

سبب وجوبها — وسبب وجوبها الجزئية أى كون الولدجزءا من أبيه، وكما تجب على الانسان نفقة نفسه تجب عليـه نفقة جزئه . وهذه الجزئية هى السبب فى وجوب النفقة بين كل فرع وأصله . ولهـذا تجب نفقة الأصـول على فروعهم والفروع على أصولهم ولو لم يتحقق التوارث كما اذا اختلفوا فى الدين لتحقق الجزئية وهى سبب الوجوب .

شرط وجوبهـا — ويشـترط لوجوب نفقـة الأولاد على أبيهـم شرطان :

(الأول) أن يكون الأولاد فقراء . عاجزين عن الكسب، لأنهم اذا لم يكونوا فقراء بأن كان للولد منهم مال فنفقته فى ماله عملا بالأصل العام . كل من له مال فنفقته فى ماله ولا تجب على غيره نفقته . وان كانوا فقراء غير عاجزين عن الكسب فلا تجب نفقة القادر منهم أن يكتسب بل تكون نفقته فى كسبه، والعجز عن الكسب يتحقق بكون الولد صغيرا . أو بكونه كبيرا ذا عاهة تمنعه من التكسب، أو بكونه أنثى لأن الشأن فى الأناث أن لا يعملن للكسب .

فالمستحقون للنفقة من الأولاد هم الفقراء الصغار، والفقراء الكبار العاجزون عن الكسب، والفقيرات من البنات مطلقا سواء كن صغيرات أو كبيرات قادرات على الكسب أو عاجزات عنه .

(الثـانى) أن يكون الأب قادرا على نفقتهم بأن يكون غنيا أو كسوبا يكسب من عمله ما يفى بحاجته وحاجتهم — بناء على هذا تتفرع الأحكام الآتية :

الابن اذا كان فقيرا صغيرا وأبوه غنى أو كسوب تجب نفقته على أبيه بأنواعها من طعام وكسوة وسكنى وأجرة رضاع وحضانة وكل ما يحتاج اليه الصغير مما يقدر عليه أبوه .

فاذا بلغ الابن الفقير سنا يكون فيهـا أهلا للكسب سـواء كانت سنّ البلوغ أو قبله ، فان كان قادرا على الكسب وليس به مانع يمنعه منه فلا تجب نفقته على أبيه بل تكون نفقته فى كسبه ، وللأب أن يضعه فى عمل أو حرفة يكتسب منها وينفق عليه من كسبه ، فان لم يف كسبه بنفقته فعلى الأب تكميل كفايته . وان كان عاجزا عن الكسب لشلل أو عاهـة أو أى مرض يعجزه عن الكسب فنفقتـه بأنواعها واجبة له على أبيه ، لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله فى حكم الصغير . ومن الكبار العاجزين عن الكسب أولاد الأشراف الذين لا يسـتأجرون للأعمال . وطلبة العلم الذين يشغلهم تعلمه عن كسب الرزق ولا يهتـدون إلى طرقه . فهؤلاء تجب لهم النفقة وهم كبار أصحاء .

وأمّا البنت فاذا كانت فقيرة صـغيرة وأبوها غنى أو كسوب فنفقتها بأنواعها واجبة لها على أبيها ، وكذلك إذا كبرت وهى فقيرة فنفقتها واجبـة على أبيها ، سواء كانت قادرة على الكسب أو عاجزة عنه ، لكن إذا اكتسبت فعلا من وظيفة أو حرفة فلا تجب نفقتها على أبيها ، بل تكون نفقتها فيما كسبته لأنها استغنت به ، إلا اذا كان ما كسبته لا يفى بحاجتها فعلى أبيها تكميل كفايتها .

فاذا تزوّجت سقط وجوب نفقتها عن أبيها ووجبت نفقتها على زوجها ، فاذا طلقت وانقضت عدّتها من مطلقها وصـارت لا نفقة لها على زوجها عاد وجوب نفقتها على أبيها ، وكذلك اذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها عن زوجها بسبب نشوزها مثلا تجب نفقتها على أبيها ما دامت ناشزا .

فنفقة البنت الفقيرة إما على أبيها ، أو على زوجها ، أو فى كسبها إن كسبت فعلا .

واذا كان الأولاد ممن لا يستحقون النفقة على أبيهم بأن كان لهم مال أو كسب وأنفق عليهم أبوهم من ماله هو فهو متبرع ولا يرجع على أحد منهم بما أنفق إلا اذا استأذن القاضى فى الانفاق عليهم ليرجع بما أنفق، أو أشهد عند الانفاق أنه أنفق ليرجع، فلو أنفق الأب من ماله على ابنه الصغير الغنى، أو على ابنه الكبير الكسوب، أو على ابنته المدرسة فهو متبرع بما أنفق، إلا اذا احتاط بالاشهاد عند الانفاق، أو استئذان القاضى .

فاذا كان الأب فقيرا وقادرا على الكسب ولكن لم يتيسر له عمل يكتسب منه أو يتيسر له عمل يكتسب منه ولكن كسبه قليل لا يفى بحاجته وحاجة من تجب عليه نفقتهم من أولاده، ففى هذه الحال تجب عليه النفقة لأولاده ولكن لا يؤمر هو بأدائها، بل تؤمر بأدائها لهم أمهم اذا كانت موسرة ويكون ما تؤدّيه الأم دينا لها ترجع به على أبيهم إذا أيسر . وإذا كانت الأم غير موسرة أمر أبو الأب الموسر بالأداء. ويكون ما يؤدّيه دينا على الأب اذا أيسر .

وأما إذا كان الأب فقيرا وعاجزا عن الكسب لمرض أو كبر سنّ أو أى عاهة تعجزه عن الكسب، فيعتبر كالمعدوم وتجب النفقة على من عداه من أقارب الأولاد عند عدم أبيهم . على التفصيل الآتى فى حال عدم وجود الأب .

فننبه للفرق بين أب فقير قادر على الكسب، وأب فقير عاجز عن الكسب ، فان الأول لا يسقط وجوب النفقة عنه بل يحكم عليه بالنفقة ولكن لا يؤمر بأدائها، وإنما يؤمر بأدائها الموسر من أقرب أقارب الأولاد . ليكون دينا على الأب . وأما الثانى فيعتبر كالمعدوم ويسقط وجوب النفقة عنه ولا يحكم عليه بها وإنما يحكم بها على الأقارب عدا الأب على ما يبين بعد .

فى حال عدم وجود الأب — واذا لم يوجد للأولاد المستحقين للنفقة أب، أو كان لهم أب ولكنه فقير وملحق بالمعدوم لعجزه عن الكسب، وكان أقاربهم القادرون على الانفاق عليهم كلهم من أصولهم سواء كانوا أصولا لهم من ناحية أبيهم أو من ناحية أمهم فوجوب النفقة عليهم على هذا التفصيل .

اذا كان هؤلاء الأصول كلهم وارثين تجب عليهم النفقة جميعا بنسبة إرثهم سواء تساوت درجة قرابتهم أو اختلفت .

فمن له أم، وأبو أب، فنفقته عليهما بنسبة الإرث . على الأم ثلث نفقته ، وعلى الجدّ ثلثاها .

ومن له أم أم، وأم أب، وأبو أب فنفقته عليهم بنسبة الإرث . على الجدّتين سدسها ، وعلى الجدّ خمسة أسداسها، إلا اذا كان أبو الأب قائما فعلا مقام الأب بأن حجب من الإرث بعض العصبة الذين يحجبهم الأب، فحينئذ يكون بمنزلة الأب ويجب عليه وحده النفقة ولا يشاركه فيها أحد. فمن له أم، وعم، وأبو أب، فنفقته على جدّه وحده ولا شيء على الأم، لأن الجدّ لما حجب العمّ فى هذه الصورة من الإرث كان فعلاً كالأب، والأب لا يشاركه فى الإنفاق على أولاده أحد .

واذا كان هؤلاء الأصول كلهم غير وارثين بأن كانوا من الأجداد أو الجدّات غير الصحيحة . تجب النفقة على أقربهم درجة للأولاد ، فان تساوت درجتهم وجبت النفقة عليهم جميعا .

فمن له أبو أم، وأبو أم أب، فنفقته على أبى أمه لأنه أقرب درجة .

ومن له أبو أم أم، وأبو أبى أم، فنفقته عليهما معا بالتساوى لتساويهما فى الدرجة.

واذا كان هؤلاء الأصول بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث، فان تساووا فى الدرجة تجب النفقة على الوارثين منهم بنسبة إرثهم، ولا يجب على غير الوارثين منهم شيء .

فمن له أبو أب ، وأم أب، وأم أم، وأبو أم، فنفقتـه على أصوله الوارثين بنسبة إرثهم، وهم جدّه الصحيح وجدّتاه الصحيحتان، على الجدّ خمسة أسداسها وعلى الجدّتين سدسها، ولا شيء منها على جدّه غير الصحيح وهو أبو الأم لأنه جدّ غير وارث . وفى درجة الوارثين .

وإن اختلفوا فى الدرجة تجب النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير الوارث .

فمن له أبو أبى أب، وأبو أم، فنفقته على أقربهما درجة وهو أبو الأم . وإن كان الذى يرثه اذا مات هو أبو أبى الأب . والعلة لهذا أن سبب استحقاق الفروع نفقة على الأصول هو الجزئية، وكلمـا قربت الدرجة قوى السبب فيرجح الأقرب فى الوجوب عليه . وإن كان مثل هـذه الصورة الأخيرة لا يتفق حكمها مع قاعدة « الغـرم بالغنم » لأن الذى يرث لا تجب عليه نفقة، والذى تجب عليه النفقة هو من لا يرث .

النفقة الواجبة للأصل على فرعه

اذا كان الأصل فقيرا[1] سواء كان أبا أو أما أو جدّا أو جدّة، وله فروع قادرون على الانفاق عليه، تجب نفقته على أقربهم له درجة . فان تساووا فى القرب فنفقته عليهم جميعا بالتساوى، من غير نظر الى الإرث، لأن علة وجوب النفقة هى الجزئية كما قدّمنا، فكلما تحقق السبب وهو الجزئية تحقق المسبب وهو الوجوب بصرف النظر عن الإرث، وكلما قوى السبب بقرب الدرجة ترجح .

فمن له بنت، وابن ابن فنفقته على بنته وحدها لقربها .

ومن له بنت، وابن فنفقته عليهما بالسوية .

---

(١) يلاحظ أن الأصل يستحق النفقة اذا كان فقيرا سواء كان قادرا على الكسب أو عاجزا عنه . وأما الفرع فلا يستحق النفقة الا اذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب سواء كان عجزه لصغر أو مرض أو لكونه أنثى . فالأب الفقير القادر على الكسب تجب له النفقة على ابنه الموسر، والابن الفقير الكبير القادر على الكسب لا تجب له النفقة على ابيه الموسر .

ومن له بنت بنت، وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية .

ومن له ابنان مسلم، وغير مسلم وهو مسلم فنفقته عليهما بالسوية .

وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصـوله ومن فروعه تجب النفقة على أقربهم درجة . فان تساووا فى الدرجة تجب النفقة عليهم بنسبة الإرث .

فمن له أب وابن ابن فنفقته على الأب وحده لقربه درجة .

ومن له أبو أب، وابن ابن فنفقته عليهما معا بنسبة الإرث على الجدّ سدسها، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها .

وكان مقتضى هذا أن من له أب، وابن تكون نفقته على أبيه وابنه بنسبة الإرث لتساويهما فى الدرجة . ولكن هنا تجب النفقة على الابن وحده لأن للأب شـبهة فى مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فمتى وجد الابن القادر تجب عليه وحده نفقة أبيه الفقير وأمه الفقيرة وكل أصوله الفقراء، ولا يشاركه فيها أحد، كما أنه إذا وجد الأب القـادر تجب عليـه وحده نفقة ابنـه الفقير ولا يشاركه فيها أحد .

واذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله، ومن فروعه، ومن حواشيه أى أقاربه الذين ليسوا من أصوله وفروعه كأخوته وأخواته وأعمـامه، فلا يجب على الحواشى شىء من النفقة لأنهم مع وجود الفروع يعتبرون كعدمهم وكأن الموجودين الأصول والفروع فقط .

واذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله ومن حواشيه، فان كان الصنفان وارثين فالنفقة عليهم بنسبة الإرث .

فمن له أم، وأخ شـقيق تجب على الأم ثلث نفقته وعلى أخيه ثلثاها بنسـبة الإرث، وان كان أحد الصنفين غير وارث فالنفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين .

فمن له أبو أب ، وأخ شقيق فنفقته على جدّه وحده . ومن له أبو أم ، وأخ شقيق فنفقته على جدّه لأمه وحده لترجحه بالجزئية، وان كان غير وارث والإرث للأخ الشقيق .

نفقة ذوى الأرحام بعضهم على بعض

إذا كان الفقير المستحق للنفقة أقاربه القادرون كلهم من الحواشى أى من الأقارب الخارجين عن عمود النسب الذين ليسوا من أصوله ولا فروعه كأخوته وأخواته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فهؤلاء تجب نفقته عليهم بنسبة الإرث ، فالمحجوب من الإرث لا تجب عليه النفقة، والوارث تجب عليه النفقة بنسبة نصيبه فى الإرث .

وهذا مقتضى الآية الكريمة إذ قال الله سبحانه فى سورة البقرة : ﴿ وعلى المَولودِ لَهُ رزْقهُن وكسوتُهن بالمعروفِ . لا تُكلَّف نفسٌ إلَّا وُسعها . لا تُضَارَّ والدةٌ بولَدها . ولا مولُود له بِولده . وعلى الوارث مثلُ ذلك ﴾ . فقد أوجب سبحانه رزق الوالدات وكسوتهن على الوارثِ إذا لم يوجد المولود له ، وعبر عنه بوصف الوارث إشارة الى أن إرثه هو سبب وجوب النفقة عليه، عملا بقاعدة "الغرم بالغنم".

فمن له ثلاثة أخوة أشقاء قادرون فنفقته عليهم أثلاثا :

ومن له أخوات متفرقات شقيقة، ولأب، ولأم، فنفقته عليهن أخماسا، على الشقيقة ثلاثة أخماسها ، وعلى الأخت لأب خمسها ، وعلى الأخت لأم خمسها . ومن له عمة، وخال فنفقته عليهما على العمة ثلثاها وعلى الخال ثلثها .

ومن له أخ لأم وخال فنفقته على الأخ لأم فقط لأنه الوارث وحده .

وبعض المذاهب يجعل نفقة جميع الأقارب بعضهم على بعض على أساس الإرث بلا تفريق بين قرابة الولاد وغيرها، فمن لا يرث بعد الممات لا تجب عليه النفقة فى الحياة، ومن يرث تجب عليه النفقة بنسبة إرثه عملا بالقاعدة "الغرم بالغنم"

وهـذا هو التقسيم الذى ذكره العلامة ابن عابدين فى صـفحة ٧٢٧ من الجزء الثانى من حاشيته ونصه (١) .

" لا يخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا، أو أكثر. والأول ظـاهر وهو أنه تجب النفقـة عليه عنـد استيفاء شروط الوجـوب . والثانى لا يخلو إما أن يكونوا فروعا فقط ، أو فروعا وحواشى، أو فروعا وأصولا، أو فروعا وأصولا وحواشى، أو أصولا فقط، أو أصولا وحواشى. فهذه ستة أقسام وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقليـة وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد " :

(القسم الأول) الفروع فقط والمعتبر فيهم القرب والجزئية أى القرب بعـد الجزئيـة دون الميراث . ففى ولدين لمسلم فقـير ولو أحدهما نصرانيـا أو أنثى تجب نفقته عليهما سوية ، للتساوى فى القرب والجزئيـة وإن اختلفا فى الارث . وفى ابن، وابن ابن على الابن فقط لقربه، وكذا تجب فى بنت، وابن ابن على البنت فقط لقربها ، ويؤخذ من هـذا أنه لا ترجيح لابن ابن على بنت بنت وان كان هو الوارث لاسـتوائهما فى القرب والجزئيـة ، ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للارث فى الفروع، وإلا لوجبت أثلاثا فى ابن وبنت، ولمـا لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شىء وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر أنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهـم .

(القسم الثـانى) الفروع مع الحواشى والمعتبر فيه أيضا القرب والجزئية دون الارث، ففى بنت ، وأخت شـقيقة على البنت فقط وان ورثتا، وتسقط الأخت لتقديم الجزئية . وفى ابن نصرانى، وأخ مسلم على الابن فقط، وان كان الوارث هو الأخ أى لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفى ولد بنت، وأخ شـقيق على

---

(١) ذكرت نص هذا التقسيم ليرجع اليه من أراد الوقوف على بعض التفصيل فى نفقة الأقارب .

ولد البنت، وان لم يرث أى لاختصاصه بالجزئيــة، وان استويا فى القرب لإدلاء كل منهما بواسطة . والمراد بالحواشى هنا من ليس من عمود النسب أى ليس أصلا ولا فرعا فيدخل فيه ما فى الذخيرة لو له بنت، ومولى عتاقة فعلى البنت فقط، وان ورثا أى لاختصاصها بالجزئية .

(القسم الثالث) الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية، فان لم يوجد اعتبر الترجيح، فان لم يوجد اعتبر الارث . ففى أب ، وابن تجب على الابن لترجحه بأنت ومالك لأبيك، أى وان استويا فى قرب الجزئية. ومثله أم، وابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد . قال فى البحر : لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس اليهما اه . فليس ذلك خاصا بالأب كما يتوهم بل الأم كذلك ، وفى جدّ؟ وابن ابن على قــدر الميراث أسداسا للتساوى فى القرب ، وكذا فى الارث وعدم المرجح من وجه آخر، وظاهره أنه لو له أب وابن ابن أو بنت بنت ، فعلى الأب لأنه أقرب فى الجزئية ، فانتفى التساوى ووجد القرب المرجح وهو داخل تحت الأصل المــار عن الذخيرة والبــدائع . وكذلك تحت قول المتون ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

(القسم الرابع) الفروع مع الأصول والحواشى وحكمه كالثالث لمــا علمت من سقوط الحواشى بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول وهو القسم الثالث بعينه .

(القسم الخامس) الأصول فقط فان كان معهم أب فالنفقة عليــه فقط لقول المتون ، ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد ، وإلا فاما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين، ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية لمــا فى القنية له أم، وجدّ لأم، فعلى الأم أى لقربها ويظهر منه أن أم الأب كأبى الأم. وفى حاشية الرملى : اذا اجتمع أجداد وجدّات فعــلى الأقرب وان لم يدل به الآخر اه . فان تساووا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث بل هو صريح قول البــدائع

فى قرابة الولاد اذا لم يوجد الترجيح اعتبر الارث اه . وعليه ففى جدّ لأم وجدّ لأب تجب على الجدّ لأب فقط اعتبارا للارث . وفى الثانى أعنى لو كان كل الأصول وارثين فكالارث ففى أم وجدّ لأب تجب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية .

(القسم السادس) الأصول مع الحواشى، فان كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولا مشاركة فى الإرث حتى يعتبر فيقدّم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر . مثال الأوّل ما فى الخانية لو له جدّ لأب وأخ شقيق فعلى الجدّ اه . ومثال الثانى ما فى القنية لو له جدّ لأم وعم فعلى الجدّ اه . أى لترجحه فى المثالين بالجزئية مع عدم الاشتراك فى الإرث لأنه هو الوارث فى الأوّل والوارث هو العم فى الثانى . وإن كان كل من الصنفين أعنى الأصول والحواشى وارثا اعتبر الإرث ففى أم وأخ عصبى أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان .

ثم اذا تعدّدت الأصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر اليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس مثلا لو وجد فى المثال الأوّل المارّ عن الخانية جدّ لأم مع الجدّ لأب نقدّم عليه الجدّ لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما فى الجزئية ، ولو وجد فى المثال الثانى المارّ عن القنية أم مع الجدّ لأم نقدّمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب وبهذا يسقط الإشكال الذى سنذكره عن القنية كما ستعرفه ، وكذلك لو وجد فى الأمثلة الأخيرة مع الأم جدّ لأم نقدّمها عليه لما قلنا ، ولو وجد معها جدّ لأب بأن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجدّ وحده كما صرح به فى الخانية ووجه ذلك أن الجدّ يحجب الأخ وابنه والعمّ لتنزيله حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة وإذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة فكذا إذا كان موجودا حكما فيجب على الجدّ فقط بخلاف ما لو كان للفقير

أم ، وجد لأب فقط، فان الجـد لم ينزل منزلة الأب . فلذا وجبت النفقة عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية كما مر .

(القسم السـابع) الحواشى فقط والمعتبر فيـه الإرث بعـد كونه ذا رحم محرّم وتقديره واضح فى كلامهم كما سيأتى :

ثم هذا كله اذا كان جميع الموجودين موسرين ، فلو كان فيهم معسر فتارة ينزل المعسر منزلة الميت، وتجب النفقة على غيره، وتارة ينزل منزلة الحى وتجب على من بعده بقدر حصصهم من الإرث — انتهى تقسيم ابن عابدين —

زوجة المستحق للنفقـــة

إذا كان الأب مستحقا للنفقة على ابنه فنفقة زوجته أيضا تجب على ابنه إذا كان الأب فى حاجة اليها ولا يمكنه أن يستغنى عنهـا ، لعاهة أو مرض أو نحوهما وإذا كان غير محتاج اليهـا فلا تجب نفقتها على ابنـه . ولهذا لا يجب على الابن إلا نفقة زوجة واحدة لأبيه لأن الواحدة تندفع بها حاجته .

وأما إذا كان الابن مستحقا للنفقة على أبيه فنفقة زوجته لا تجب على أبيـه إلا إذا كان كفيلا بها فإنها تجب نفقتها عليه بمقتضى الكفالة، وإنمـا يؤمر بأداء النفقة المفروضة لها على ابنه ليرجع بها عليه إذا أيسر .

ومثل زوجة الابن زوجة سائر من تجب لهم النفقة .

أما الخادم فإن كان ضروريا لمستحق النفقة ومن تجب عليـه النفقة موسر ، فهو من النفقة الواجبة لا فرق بين أب على ابنه وابن على أبيه .

مقارنة بين أنواع النفقات بعضها وبعض

الزوجية والقرابة كل منهما موجب للنفقة، والقرابة كما قدّمنا قرابة الوِلاد أى الأصول والفروع المنحصرة فى عمود النسب، وقرابة غير الوِلاد أى الخارجين عن عمود النسب الذين ليسوا من الأصول ولا الفروع، والنفقة الواجبة بكل سبب من هذه الثلاثة تختلف فى بعض الوجوه والأحكام .

(أولا) من جهة سبب الوجوب — فسبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هـو الجزاء على احتباسها لحق الزوج ومنفعته ، ولهـذا تستحق النفقة كل زوجة سلمت نفسها لزوجها ولو حكما، سواء كانت غنية أو فقيرة، وسواء كانت متحدة معه دينا أو مختلفة معه دينا، وسواء كان الزوج غنيا أو فقيرا ، قادرا على الكسب أو عاجزا عنه، لأنه متى صح عقـد الزواج وسلمت الزوجة نفسها ولو حكما وجد الاحتباس فوجبت النفقة جزاء له .

وأما سبب وجوب النفقـة بقرابة الولاد فهو الجزئية أى كون الفرع جزءا من أصله ،والإنسان كما تجب عليه نفقة نفسه تجب عليه نفقة جزئه، فمتى وجدت الجزئية وتحققت الحاجة إلى النفقة وجبت ، ولا عبرة بكون الأصـل وارثا فرعه أو الفرع وارثا أصله ، أو غير وارث . ولهذا تجب نفقة الأصل على فرعه، والفرع على أصله ولو تخالفا فى الدين لأنه لا اعتبار للإرث . وتجب النفقة على الأقرب من الأصول أو الفروع ولو كان غير الوارث لترجح الجزئية بالقرب . وتجب نفقة الأب على ابنه وبنته الموسرين بالسوية لتساويهما فى الجزئية وإن اختلفا فى الإرث . وتجب نفقة الأب على ابن ابنـه وبنت بنته بالسوية لتساويهما فى الجزئية، وإن كان أحدهما وهو بنت البنت غير وارثة أصلا، والعلة فى هـذا أن سبب وجوب النفقة بقرابة الولاد هو الجزئيـة ثم القرب دون الميراث ، وإلى هذا أشار الله سبحانه بقوله : ﴿ وَعلى المولودِ لهُ رِزْقهُنّ ﴾ فدل على أن العلة كونه مولودا له . أى أن التوالد هو سبب الوجوب .

وأما سبب وجوب النفقة بقرابة غير الولاد فهو الإرث عملا بقاعدة الغرم بالغنم فكما أن القريب المحرم يرث قريبه إذا مات، تجب عليه نفقته فى حال الحياة إذا احتاج. ولهذا لاتجب النفقة بين هؤلاء الأقارب المحارم إذا اختلفوا دينا، لأن اختلاف الدين من موانع الإرث فهو من موانع وجوب النفقة بينهم . وتجب عليهم النفقة بقدر حصصهم من الإرث . والمحجوب منهم عن الإرث لا تجب عليه نفقة .

فمن له أخت شقيقة، وأخ شقيق موسران فنفقته عليهما أثلاثا . ومن له عم شقيق، وعمة شقيقة موسران فنفقته على عمه وحده، ومسلم له أخوان شقيقان موسران مسلم ومسيحى نفقته على أخيه المسلم وحده . والعلة فى هذا أن سبب وجوب النفقة بقرابة غير الولاد التوارث، فغير الوارث لاتجب عليه نفقة، والورثة تجب عليهم النفقه بقدر حصصهم من الإرث . وإلى هذا أشار الله سبحانه بقوله : ﴿ وعلى الوَارِثِ مِثلُ ذَلك ﴾ . فدل على أن العلة كونه وارثا . أى أن التوارث هو سبب الوجوب .

(ثانيا) من جهة حكمة الشارع فى إيجابها — فنفقة الزوجة الحكمة فى إيجابها أن احتباس الزوج لها لحقه ومنفعته يستوجب عليه القيام بنفقتها لأنه يشغلها بحقوقه وواجباته . ولهذا تجب كما قدّمنا للغنية والفقيرة على الغنى والفقير . ويراعى فى تقديرها حال الزوج المحتبس لها يسارا وعسرا لأن الجزاء يراعى فى تقديره مقدرة المفروض عليه .

وأما نفقة القريب على قريبه فالحكمة فى إيجابها سد حاجة المحتاج منهم وصلة رحمه بمنعه من السؤال . ولا فرق فى هذه الحكمة بين قرابة الولاد وقرابة غير الولاد . ولهذا لاتجب نفقة قريب على قريبه إلا إذا كان محرما له، فلا نفقة بين أبناء الأعمام والعمات، وأبناء الأخوال والخالات لعدم المحرمية . ولا تجب لقريب إلا إذا كان فقيرا محتاجا الى النفقة حتى يكون ذا حاجة يجب على قريبه أن يسدّها . ولا تجب على قريب إلا إذا كان موسرا أو قادرا على الكسب أو كسوبا وفى ماله فضل يفى بالانفاق على غيره .

وأما إذا كان ماله أو كسبه على قدر حاجته فقط ، فلا يجب عليه الانفاق على غيره . ويراعى فى تقديرها كفاية من تجب له لا يسار من تجب عليه . والعلة فى هذا كله أنها تجب لسدّ الحاجة فلا تجب إلا لمحتاج ، على قادر ، و بمقدار ما يسدّ الحاجة .

(ثالثا) من جهة الشرط فيمن تجب عليه . أما نفقة الزوجة فتجب على زوجها مهما كانت حاله من يسر أو عسر أو قدرة على الكسب أو عجز عنه .

وأما نفقة الفرع على أصله والأصل على فرعه ، فيشترط فيمن تجب عليه القدرة على الكسب لا اليسار . ولذلك اذا كان الأب معسرا قادرا على الكسب تجب عليه نفقة أولاده المستحقين للنفقة ولا يمنع اعساره من ايجابها عليه ما دام قادرا على الكسب ، وتؤمر أمهم إذا كانت موسرة بأداء ما وجب على الأب لأولاده منها ، على أن يكون ما تنفقه دينا لها ترجع به على الأب اذا أيسر . و إذا كان الابن كسوبا ذا عيال وليس لكسبه فضل عن نفسه وعن عياله ، وله أب فقير لا كسب له أجبر الابن على ضم أبيه الى عياله ، ولا يجبر على أن يعطيه شيئا على حدّة ، والأم فى هذا كالأب .

وأما نفقة ذوى الأرحام بعضهم على بعض ، فيشترط فيمن تجب عليه اليسار لا مجرّد القدرة على الكسب ، فالقريب غير الموسر لا تجب عليه نفقة .

واختلف فى تحديد هذا اليسار . فروى عن أبى يوسف أن من ملك نصابا فاضلا عن حاجاته الأصلية ، ولو كان غير نام ، اعتبر موسرا فى حق نفقة ذوى الأرحام . وقال محمد : الموسر فى باب النفقات هو من فى كسبه فضل عن نفقة نفسه ونفقة عياله ، وهذا هو الذى عليه العمل فى المحاكم الشرعية المصرية .

(رابعا) من جهة صيرورة النفقة الواجبة دينا على من تجب عليه . فنفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما تعتبر على ما عليه العمل الآن دينا صحيحا فى ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما . ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولهذا كان للزوجة أن تطلب

الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدّة سابقة على وقت التقاضى إذا اثبتت أنه امتنع عن الانفاق عليها فى تلك المدّة مع وجوبه ، ويقضى بها مستندة إلى مبدأ تلك المدّة — على أن لا تزيد المدّة السابقة على ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، فنفقتها من حين استحقاقها دين صحيح من كل وجه .

وأما نفقة الصغير المستحق للنفقة فلا تكون دينا على من تجب عليه إلا من وقت القضاء بها فقط . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت التقاضى ، ولا يقضى بها مسندة إلى وقت سابق على تاريخ القضاء ، وإذا حكم بها صارت دينا من تاريخ الحكم ولكنها لا تكون دينا صحيحا من كل وجه ، لأن المتجمد منها كما يسقط بالأداء أو الإبراء يسقط بموت الصغير أيضا ، لأنها واجب من باب الصلات والصلات تسقط بالموت .

وأما نفقة سائر الأقارب المستحقين للنفقة عدا الصغير فلا تكون دينا على من تجب عليه إلا إذا قضى القاضى بها ، وأذن باستدانتها ، واستدانها فعلا المقضى له . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت التقاضى ، واذا قضى بها وتجمد من المحكوم به مبلغ لم يؤد للمحكوم عليه ولم يكن فى الحكم إذن بالاستدانة ، أو كان فى الحكم إذن بالاستدانة ولم يستدنه فعلا المقضى له ، ومضت مدّة شهر فأكثر فانه يسقط وليس للمحكوم له حق المطالبة به . لأن مضى المدّة دليل الاستغناء ولا نفقة مع استغناء .

(خامسا) من جهة الاختصاص القضائى — نفقة الزوجة على زوجها ، ونفقة الصغير على أبيه ، يكون حكم المحكمة الشرعية الجزئية فيها نهائيا إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع منها على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ، ويكون ابتدائيا إذا زاد المحكوم به فى كل نوع أو المطلوب الحكم به فيه على ذلك .

أما نفقة الصغير على غير أبيه كعمه وجدّه وأخيه ، ونفقة سائر الأقارب فيكون حكم المحكمة الشرعية الجزئية فيها ابتدائيا قابلا للاستئناف دائما مهما كانت قيمة المبلغ المحكوم به أو المطلوب الحكم به .

والسبب فى هذا أن نفقات الأقارب فى شروط استحقاقها وتشعب أحكامها ووجوه الترجيح بين قريب وقريب ما يقضى بأن تكون قابلة للاستئناف مطلقا حتى يمكن ضمان العدالة وتدارك الخطأ . ولا كذلك الحال فى نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه ،لأن الزوج والأب لا يشاركهما أحد فى الانفاق على الزوجة والإبن .

خاتمـــة — اذا كان الفقـير العاجز عن الكسب ليس له أقارب تجب عليهم نفقته ، أو له أقارب فقراء عاجزون مثله فنفقته فى بيت المـال، لأن بيت المـال تؤول اليه تركة من لا وارث له . وكل مال لا يعرف صاحبه، فعليه الاتفاق على كل من لا يجد من ينفق عليه عملا بالقاعدة العادلة "الغرم بالغنم"[1] .

---

(١) وقد أصدرت وزارة الحقانية فى شأن هذا المنشور رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٢، ونصه : علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المـالية بطلب فرض نفقـة لفقر المدّعين . وعجزهم عن الكسب . وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه .

ومن حيث ان هذه الدعاوى غير مسموعة شرعا لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة وهذه الدعاوى غير ملزمة شرعا :

(أوّلا) لما يؤخذ من القنية عن الامام الوبرى من أن الامام ليس يملزم قضاء باعطاء من له حظ فى بيت المـال بل له الخيار فى المنع والاعطاء . وأما ماقاله ابن عابدين تعليقا على عبارة القنية من "أنه ليس للامام الخيار فى المنع والاعطاء من بيت المـال مطلقا ، و إنما له ذلك بالنسبة للمـال الذى أخذه صاحب الحظ بدون علمه" فهو تأويل منه لصريح عبارة القنية . وحمل لما على خلاف ظاهرها لم يستند فيه الى نص من كتب المذهب فضلا عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى أبواب بيت المـال فلا يعوّل عليه ، وقد نقل عبارة القنية شارح الوهبانية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء، ولم يعلقوا عليها بمثل ما علق به ابن عابدين .

(ثانيـا) نص الزيلعى وصاحب البحر والبدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المـال فى مصارف مفوّض لرأى الامام وموكول الى اجتهاده وظاهر من هذا أن الامام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين من المصارف .

(ثالثـا) أن الفقير الذى هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المـال ليس متعينا للصرف عليه منه لتعدّد مصارف هذا البيت ، فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير فى الزكاة والفقير فى الوقف على الفقراء لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع اذن .

لهـــذا

توجه الوزارة نظر المحاكم الى عدم سماع هذه الدعاوى مما

تحريرا فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٢

وزير الحقانيـــة

إمضاء

الحَجْـــــر

تعريفـــه ــ الحجر لغة المنع . وشرعا هو المنع من نفاذ العقود والتصرفات القولية . فمن قام به سبب من أسباب الحجر الستة الآتى بيانهـا منع من أن يباشر عقــدا أو تصرفا قوليا بحيث اذا باشر شيئا من ذلك لا ينفــذ ولا يلزمه حكمه على التفصيل الذى سيذكر لكل محجور عليه .

ومن هذا التعريف يؤخذ أن الحجر إنمـا يكون عن العقود والتصرفات القولية لأنها هى التى يتصوّر الحجر فيها بالمنع من نفاذها وعدم ترتب حكمها عليها فكأنها شرعا لم تكن . أما أفعال الجوارح فلا يتصوّر الحجر فيهـا، لأن الفعل متى وقع لا يمكن رفعه . وبناء على هذا فالمحجور عليه بأى سبب من أسباب الحجر مؤاخذ بأفعاله وان كانت لا تنفذ عليه تصرفاته القولية . فاذا أتلف المجنون أو المعتوه أو الصبى مالا أو نفسا أو ما دونها ضمنوا ما أتلفوه لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد، كالنائم اذا انقلب على مال انسان فأتلفه ضمن وإن عدم القصد[1]. ومتى لزمهم الضمان فان كان للمتلف منهم مال ألزم الولى عليه بأن يؤدى الضمان من ماله، وإذا لم يكن للمتلف مال لا يخاطب بأداء ضمان ما أتلفه، إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا اذا أيسر.

وهذا اذا لم يكن صاحب المـال المتلَف هو الذى سلط المحجور عليه على ماله بدون إذن الولى أو الوصى عليه . أما اذا أقرض انسان ماله لمجنون أو معتوه أو صبى أو أى محجور عليه بدون إذن الولى عليه، أو أودعه وديعة، أو أعاره عارية، فهلك القرض أو الوديعة أو العارية، أو استهلك فى يد المحجور عليــه ، فلا ضمان عليه، والمـالك هو المفرط لأنه عرض ماله للضياع وسلط عليه يدا لا تحفظه . لكن إذا فعل صاحب المـال شيئا من ذلك باذن الولى فأتلفه المحجور عليه وجب الضمان .

---

(١) ولهذا نصوا على أن الصبى أو المجنون اذا قتل أحدهما إنسانا كان مؤاخذا بفعله، غير أن ليس لواحد منهما عمد، بل القتل منهما يعتبر خطأ يوجب الدية على العاقلة .

دليـــله — الأصل الذى بنى عليه الحجر هو قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّـفَهاءَ أموالَكُمُ الَّتى جَعَـلَ اللهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهم فيها وآكْسُوهُمْ وَقُولوا لهَمُ قوْلا مَعْروفًا . وابْتَلوا اليَتَـامَى حتى إذَا بَلَغُوا النِّكَاح فَإنْ آنَسْتُمُ منهم رُشْدًا فادْفَعوا اليهِم أموالهَم﴾ .

نهى الله سبحانه الولاة أن يؤتوا السفهاء أموالهم لأن فى إعطائها لهم تعريضها للضياع ، وهـذا يدل على منع هؤلاء السفهاء من التصرف فيهـا لأنهم لو نفذت تصرفاتهم فيهـا لأضاعوها وهى فى يد الولاة ببيعها أو هبتها أو أى تصرف فيهـا فلا يكون لحبسها عنهم فائدة ولا للنهى عن إيتائهم أموالهم ثمرة .

حكمة تشريعه — لمـا كان فاقد العقل وهو المجنون والصغير غير المميز ليس أهلا للقصد ولا يتصوّر منه الرضا لعدم التميز . وناقص العقل وهو المعتوه والصبى المميز ليس أهلا لتقدير المصلحة حجر الشارع على كل واحد منهم ومنعه من التصرف فى ماله حتى لا تضيع أموالهم وحتى يحال بينهم و بين من يحتالون عليهم لأخذ أموالهم بالباطل رحمة بهم ، وصيانة لمـالهم ، كما حجر على السفيه وذى الغفلة رحمة بهما وحفظا لمـالهما . وكما حجر على المدين دفعا للضرر عن دائنيه . وكما حجر على الطبيب الجاهل بمنعه من مزاولة مهنته دفعا للضرر عن الأبدان . وعلى المفتى المـاجن الذى يعلم الناس الحيل دفعا للضرر عن الأديان . وعلى المكارى المفلس صـيانة للأموال ، ففى الحجر على كل من حجر عليهم مصلحة خاصة ومصالح عامة وكلها ترجع إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله و إلى دفع الضرر عنهم وعن الناس ، فالحجر على المجنون والمعتوه والصبى والسفيه هو لمصلحة أنفسهم بحفظ أموالهم من أن يبدّدوها ومن أن يسلبها الناس منهم بالباطل . والحجر على المدين . والطبيب الجاهل . والمفتى المـاجن ، هو لمصلحة الناس بحفظ حقوقهم وأبدانهم ودينهم .

وليس فى الحجر أضرار بأموال المحجور عليهم ، لأن الشارع جعل عليهـم ولاة ماليين يحفظون أموالهم ويستثمرونها بالمعروف و بمـا فيه نفعهـم . ومن لا ولى له

من أب أو جدّ أو وصى أوجب الشارع على القاضى أن يدير شئون أمواله بما يتفق ومصلحته بواسطة من يقيمهم من الوصاة أو القوام .

أسبابه — أسباب الحجر ستة : الصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة ، والدَّين . والأسباب الثلاثة الأولى ترجع إلى فقد الأهلية أو نقصها . ولذا كان الحجر بها متفقا عليه بين الامام وصاحبيه . أما الأسباب الثلاثة الأخيرة فلا ترجع الى فقد الأهلية أو نقص فيها لأن كلا من السفيه والمدين وذى الغفلة بالغ عاقل لا قصور فى أهليته و إنما عرض لهم ما يقتضى الحجر عليهم دفعا للضرر عنهم وعن الناس . ولكونهم لا قصور فى أهليتهم لم يتفق الامام وصاحباه على الحجر عليهم ، فالامام لا يرى الحجر عليهم ، وصاحباه يريان الحجر عليهم .

استدل الامام بأن الانسان متى بلغ عاقلا رشيدا ، فقد كملت أهليته ، وكان له بمقتضى كمال أهليته حرية التصرف فى ملكه ، فالحجر عليه بمنعه من التصرف فى ملكه فيه إضاعة لأهليته ، و إهدار لآدميته ، و إلحاق له بالعجماوات ، وفاقدى الأهلية . ولا ينبغى إهدار آدمية الانسان خوفا على ماله من الضياع لأنه لا يرتكب الضرر الأعلى اتقاء للضرر الأدنى . فالامام يحمى أهلية الانسان وحرية تصرفه الى أبعد مدى . ويرى أن لا يحجر على السفيه وذى الغفلة وان أضاعا مالهما لأن المال غاد ورائح . كما لا يرى الحجر على المدين فلا توقف تصرفاته ولا يباع ماله عليه جبرا ، بل يلجأ بالحبس الى أن يبيع بنفسه و يسدّد دينه ، وعلى هذا الأساس نفسه رأى أن الوقف غير لازم لأنه تصرف لا يخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، وما دام ملك المالك ثابتا فلا يسلب حق التصرف فى ملكه .

أما الصاحبان فاستدلا بقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ التى جَعَلَ الله لكم قِيَامًا وَارْزُقُوهم فيها وَاكْسُوهُمْ ﴾ . وهذا النهى عن إعطاء السفهاء أموالهم يدل على منعهم من التصرف فيها لأنهم لو أبيح لهم التصرف فيها أضاعوها وهى فى يد أوليائهم فضاعت حكمة النهى . و بأن الصبي المميز والمعتوه حجر عليهما

مع أن إضرارهما بمالهما محتمل، فالسفيه وذو الغفلة أولى بالحجر عليهما لأن اضرارهما بأموالهما محقق . ولأن فى عدم الحجر على المدين إضاعة لحقوق الدائنين وإضرارا بهم والضرر مدفوع شرعا . والمفتى به مذهب الصاحبين وعليه العمل .

والمحجور عليهم لفقد الأهلية أو نقصها أو للسفه أو الغفلة خاضعون الآن بمصر فى كل ما يتعلق بالحجر عليهم ، و برفع الحجـر عنهم ، وتدبير شئونهم المـالية للمجالس الحسبيـة بمقيضى المـادة ٣ من قانون المجالس الحسبية الصـادر فى أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، أما المدين فالنظر فى تصرفاته والفصل ببطلانها أو عدمه من اختصاص المحاكم الأهلية المدنية فهى التى يطلب منها الدائنون الحكم ببطلان تصرف مدينهم الضار بحقوقهم . ومن هذا ما نص عليه فى المـادة ٥٣ من القانون المدنى من أنه لا يجوز لأحد أن يوقف ماله إضرارا بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف باطلا .

أثر الحجر — يختلف أثر الحجر فى تصرفات المحجور عليه باختلاف سببه بمعنى أن أثر الحجر فى تصرف الصغير يخالف من بعض الوجوه أثره فى تصرف المجنون أو المعتوه أو السفيه . وهذا البيان :

الصغير غير المميز والمجنون — الصـغير غير المميز هو الطفل الذى لم تبلغ سنه سبع سنين ، ولا يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير، والمجنون جنونا مطبقا هو من فقد عقله واستوعب جنونه جميع أوقاته . هذان فاقدا الأهلية وليس واحد منهما أهلا لأى تصرف، سواء كان نافعا أو ضارا، أو دائرا بين النفع والضرر، فكل عقد أو تصرف يباشره أحدهما يكون باطـلا غير منعقد، لأن عبارة العاقد انما تعتبر شرعا لمـا تدل عليه من الرضا والقصد . وهذان لاتمييز عندهما فلا رضا ولا قصد، فعبارة الواحد منهما لغو .

أما اذا كان المجنون جنونه غير مطبق بأن كان يذهب عقله فى بعض الأوقات ويعود اليه فى بعضها، فان تصرفاته فى وقت ذهاب عقله تكون باطله لصدورها

من فاقد الأهلية . وتصرفاته فى وقت عودة عقله اليه، تكون صحيحة لصدورها من كامل الأهلية بشرط أن يكون فى وقت عودة عقله اليه مفيقا إفاقة تامة .

الصغير المميز والمعتوه المميز — الصغير المميز هو من بلغ سبع سنين . ويفهم ما يترتب على العقـود والتصرفات . ويميز الغبن الفاحش من اليسير . والمعتوه المميز هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيئ التدبير لاضطراب عقله ، هذان ناقصا الأهلية وليسا فاقديها لأن أصل الأهلية يكون بالتمييز وهو متحقق فيهما ، ولوجود أصل الأهلية فيهما ونقصها كان حكم تصرف الواحد منهما على ما يأتى :

ان كان تصرفه نافعا له نفعا محضا كقبوله الهبة له أو الوصـية صح ونفذ بدون توقف على اجازة وليه . وان كان تصرفه ضارا به ضررا محضا كتبرعه بشىء من ماله ، أو إقراضه، أو اعارته، بطل ، ولا تصححه أجازة الولى، لأن الاجازة انما تلحق الصحيح الموقوف ولا تلحق الباطل . وإن كان تصرفه محتملا النفع والضرر كبيعه وشرائه وتأجيره واستئجاره وسائر معاوضاته صح وكان موقوفا نفاذه على اجازة وليه ، فان أجازه اجازة معتبرة شرعا بأن كان التصرف الذى أجازه ليس فيـه غبن فاحش نفذ ، وإن لم يجزه أو أجازه مع أن فيه غبنا فاحشا لم ينفذ، فلوجود أصل الأهلية صححنا التصرف الدائر بين النفـع والضرر، ولنقصها جعلناه موقوفا نفاذه على إجازة الولى ليجبر برأيه وتقديره ما نقص من أهلية الصغير المميز أو المعتوه .(١)

السفيه وذو الغفلة — السفيه هو من يبذر ماله ويضيعه فيما لا مصلحة له فيه، ولا يرتضيه عقل ولا دين . وذو الغفلة هو السليم القلب الذى يغبن فى المبايعات ولا يهتدى الى الرابح من التصرفات .

---

(١) وبعض الصبيان المميزين يأذنهم الولى عليهم بالاتجار لما يأنسه فيهم من خبرة، وبهذا الإذن تنفذ تصرفاتهم التجارية من بيـع وشراء ورهن وصلح وتأجيـل دين وكل ما تستلزمه التجارة، ولكن ليس له أى تبرع . فالاذن السابق كالاجازة اللاحقة ويسمى الصبي المأذون له بالتجارة .

هذان بالغان عاقلان ليسا فاقدى الأهلية ولا ناقصيها، والحجر عليهما على مذهب الصاحبين المفتى به ليس لقصور أهليتهما، وإنما هو لدفع الضرر عنهما ودفع الضرر عن الناس بمعاملتهما، فاذا وجد من إنسان ما يدل على سفهه أو غفلته حجر عليه . ولكمال أهليتهما وكون الحجر عليهما انما هو لحفظ مالهما كان كل منهما مخاطبا بجميع العبادات، وأهلا للتكاليف، وكان حكم تصرف الواحد منهما بعد الحجر عليه على ما يأتى :

إن كان تصرفه مما لا يقبل الفسخ ولايبطله الهزل كان صحيحا نافذا، ولذا كان زواج كل منهما وطلاقه صحيحا نافذا لصدوره من كامل الأهلية .

وإن كان تصرفه مما عدا ذلك من العقود والتصرفات فحكمه حكم تصرف الصبي المميز والمعتوه المميز . فان كان نافعا له نفعا محضا صح ونفذ . وإن كان ضارا به ضررا محضا بطل ولا تلحقه اجازة[1] . وإن كان محتملا النفع والضرر صح وكان موقوفا على اجازة القيم عليه ، فان أجازه ولم يكن فيه غبن فاحش نفذ، وإن لم يجزه أو أجازه وفيه غبن فاحش لا ينفذ .

مبدأ ثبوت الحجر — ومع إنفاق الصاحبين على الحجر على السفيه وذى الغفلة اختلفا فى أن الحجر هل يثبت بمجرد ظهور دلائل السفه والغفلة ويزول بزوالها، أو لا يثبت إلا بصدور قرار بالحجر من الجهة المختصة، ولا يزول إلا بصدور قرار منها برفعه .

قال محمد ان المسبب يدور مع سببه وجودا وعدما، فاذا وجدت دلائل السفه أو الغفلة يثبت الحجر من حين ظهورها، سواء صدر قرار الحجر معها أو بعدها، وإذا زالت هذه الدلائل ارتفع الحجر سواء صدر قرار رفعه معها أو بعدها .

وقال أبو يوسف ان مجرد وجود وقائع السفه أو الغفلة لا يثبت بها الحجر حتى يصدر قرار بالحجر بناء عليها فيكون محجورا عليه من حين القرار . وكذلك مجرد ظهور

---

(١) وعلى هذا تكون تبرعات المحجور عليه للسفه باطلة، لكن استثنى من ذلك وقفه على نفسه فى حياته ثم من بعده على أى جهة عينها لأن فى وقفه على نفسه حفظ العين وضمان ريعها له ، واستثنى أيضا وصيته بثلث فى سبيل الخير، لأن الوصية لا تخرج العين عن ملكه حال حياته . وهو بعد موته فى حاجة الى الثواب لا الى المال .

دلائل الرشد لا يرتفع بها الحجر حتى يصدر قرار برفع الحجر فيكون غير محجور عليه من حين القرار ، وذلك لأن وقائع السفه أو الغفلة قد تشتبه وقد تقدّر وقائع سفه مع أنها ليست كذلك . وكذا الحال فى وقائع الرشد، وانما الذى يقدّر هذه الوقائع ويحكم بأنها أمارات سفه أو أمارات رشد هو القضاء فيناط الحجر أو رفعه بقراره . ولأن الحجر بالسفه والغفلة مختلف فيه، وانما يرجحه قضاء الحاكم به . ولأنه إذا اعتبر محجورا عليه قبل صدور قرار بالحجر عليه كان فى هذا تغرير بالناس الذين يعاملونه بناء على أنه لم يقترر حجر عليه . والعمل جار بمذهب أبى يوسف لأنه أضبط ووجهته أوضح .

وعلى هذا الخلاف فكل تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد ظهور أمارات سفهه وغفلته وقبل صدور قرار الحجر عليه تكون على قول أبى يوسف كتصرفات المطلق غير المحجور عليه . وعلى قول محمد حكمها حكم تصرف المحجور عليه .

وتصرفات المحجور عليه للسفه أو الغفلة بعد ظهور أمارات رشده وقبل صدور قرار برفع الحجر عنه هى كتصرفات الرشيد على قول محمد وكتصرفات السفيه أو ذى الغفلة على قول أبى يوسف .

المدين — إذا طلب الدائنون الحجر على مدينهم فعلى مذهب الصاحبين المفتى به يجابون إلى طلبهم ويحجر على المدين أن يتصرف تصرفا يضر بحقوق الدائنين بحيث لو باشر تصرفا فيه إضرار بحقوقهم كان غير نافذ وتوقف على اجازتهم، ولهذا لو وقف المحجور عليه للدين فوقفه موقوف نفاذه على أجازة الغرماء ، فان أجازوه نفذ ولزم ، وان لم يجيزوه بطل . ولو وهب أو أوصى فكذلك ، واذا امتنع المدين من أداء ما عليه من الديون ، فعلى قول الصاحبين للقاضى أن يبيع من أمواله ما يفى بالدين المطلوب منه مراعيا البدء ببيع ما يخشى عليه التلف منها ، ثم ببيع سائر المنقولات ، ثم ببيع سائر العقار . ويترك له ما يلزم له ولمن تجب عليه نفقتهم بقدر الكفاية من طعام وكسوة وسكنى .

رفع الحجـر — يرفع الحجر عن المحجور عليه متى زال السبب الذى بنى عليه الحجر، فيرفع الحجر عن السفيه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، و يرفع الحجر عن ذى الغفـلة اذا ظهرت خبرته واهتـدى الى حسن التصرف ، وعن المجنـون إذا شفى وعاد اليه عقله ، وعن المعتوه اذا كملت قواه العقلية وزال اختلاطه . وأما الصغير فما دام دون سبع سنين فهو غير مميز والحجر عليه كلى يشمل كل تصرف، فاذا بلغ سبع سنين فأكثر فهو مميز والحجر عليه إنما هو فى التصرفات الضارّة، والدائرة بين النفع والضرر، فاذا بلغ الحلم عاقلا رشيدا فلا حجر عليه وله حرية التصرف ولا ولاية لأحد عليه فى نفس ولا مال .

و بلوغ الحلم للبنت والغلام يكون بظهور علامة من علامات البلوغ كالاحتلام والأحبال، والحيض، فان لم يظهر على أحدهما شىء من علامات البلوغ، فانه يحكم ببلوغ كل منهما الحلم متى وصلت سنه خمس عشرة سنة على القول المفتى به .

وأما بلوغ الرشد فانه على ماعليه العمل الآن فى المجالس الحسبية يكون ببلوغ القاصر أو القاصرة إحدى وعشرين سنة ميلادية . وقد جاء فى المـادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية ما نصه : "تنتهى الوصاية أو الولاية على المـال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سـنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها . ومع ذلك فمتى بلغ القاصر ١٨ سنة، ولم يمنع من التصرف، جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه . ويكون للقـاصر فى هذه الحـالة قبض دخله مدّة إدارته والتصرف فيـه ، والتأجير لمـدّة لا تتجاوز سـنة ، وزراعة أطيانه، و إجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة، و يعدّ القاصر رشيدا بالنسبة إلى هذه التصرفات، ويبقى قاصرا فيما عداها ويستمر الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة اليه " .

والرشد شرعا هو كون الشخص مصلحا فى ماله لا ينفقه فى غير مصلحة ولا يعمل فيه بالتبذير والإسراف، وليس له فى الشرع سنّ محدّدة غير سنّ بلوغ الحلم، فاذا بلغ الشخص خمس عشرة سنة رشيدا أصبح ذا أهلية تامة للتصرفات الشرعيـة جميعها

فتكون له الولاية التامة فى ماله ، و يصح أن يكون ناظرا على الأوقاف ، وأن يكون وليا على غيره فى النفس أو المـال ، وتحديد القانون الحسبىّ سنا للرشد بعد سنّ البلوغ إنمـا هو للاحتياط ولأجل التحقق من إيناس الرشد .

تنبيـــه — إذا بلغ الصبى الحلم غير رشيد بأن قارن سفهه بلوغه منع عنه ماله بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، لأن الله سبحانه شرط لدفع أموال اليتامى اليهم شرطين : بلوغ الحلم ، و إيناس الرشد فى قوله تعالى : ﴿ وابْتَلوا اليَتامَى حتى إذَا بَلَغُوا النكاحَ فَإنْ آنَسْتُم مِنهم رُشْدًا فادْفَعُوا اليهم أموالَهم ﴾ . فمتى بلغ الصبى الحلم سفيها لا يدفع اليه ماله حتى يرشـد مهما امتدّ زمن سفهه ولو بلغ من السنّ أى مبلغ وهـذا قول الصاحبين . وأما الإمام فقال : إذا بلغ سفيها لا يدفع اليه ماله حتى يرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة ، فاذا بلغها دفع اليه ماله على أى حال كان لأنها مظنة رشده وكافية لتجربته ولا فائدة فى الانتظار بعدها .

فعلى مذهب الصاحبين لا فرق بين من بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه ، و بين من بلغ سفيها ، كل منهما يمنع عنه ماله و يحجر عليه أن يتصرف فيه إلى أن يرشد .

وأما على مذهب الإمام فالذى بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه لا يمنع عنه ماله ولا يحجر عليه أن يتصرف فيه . والذى بلغ سفيها يمنع عنه ماله حتى يرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة فهو يفرّق بين السفه المقارن والسفه الطارئ .

الولاية على المـال

الصغير والمجنون والمعتوه تثبت الولاية شرعا على أموالهم لستة أشخاص بهذا الترتيب الأب ثم وصيه، ثم الجدّ ثم وصيه، ثم القاضى ثم وصيه .

والسفيه وذو الغفلة تثبت الولاية على أموالها للقاضى، ثم للقيم الذى يعينه . فالصغير ومن فى حكمه من الكبار غير المكلفين لجنون أو عته لا ولاية للقاضى ولا وصيه على أموالهم اذا كان لأحدهم ولىٌّ شرعى أب أو وصيه أو جدّ أو وصيه، والسفيه وذو الغفلة الولايةُ على أموالها للقاضى أو القيم الذى يعينه، ولو كان لأحدهما أب أو جدّ .

والشرط العام فى ولى المال أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية، وأن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه إلا اذا كان الولى القاضى فلا يشترط فيه اتحاد الدين لأن اتحاد الدين إنما يشترط فى الولاية الخاصة . أما الولاية العامة وهى ولاية القاضى فلا يشترط فيها اتحاد الدين .

والولاة الستة على أموال الصغار ومن فى حكمهم لكل منهم حدود خاصة لولايته . وهذا البيان :

(١) ولاية الأب — اذا كان أبو الصغار ومن فى حكمهم من الكبار غير المكلفين معروفا بالعدالة، أو مستور الحال لا يعرف عنه ما ينفى عدالته، فله الولاية المطلقة على أموالهم لا فرق بين ذكورهم وأناثهم ولا فرق بين أن يكونوا فى حضانة حاضنتهم أو فى يده . وعليه أن يحفظ مالهم ويستثمره . وله أن يتصرف فيه بكل ما فيه حفظه واستثماره، فله التجارة فيه . ودفعه لمن يعمل فيه على سبيل المضاربة . وله أن يؤجر منقولاته وعقاراته وأطيانه . وله أن يبيع مال الصغير عقارا أو منقولا ويشترى للصغير بماله عقارا أو منقولا بشرط أن لا يكون فى البيع أو الشراء غبن

فاحش، فان باع مال الصغير بغبن فاحش بطل البيع، ولو أجازه الصغير بعد بلوغه لا تلحقه الأجازة لأن الأجازة لا تلحق الباطل . واذا اشترى للصغير بغبن فاحش نفذ الشراء ولكن عليه هو لا على الصغير لأن الشراء متى وجد نفاذا نفذ، ولا ضرر على الصغير فى نفاذه على الأب . وله أن يرهن مال الصغير بدين عليه أو على نفسه. وله أن يودعه ويعيره لمن يحفظه . وله أن يبيع مال نفسه لولده. ويشترى مال ولده لنفسه، ويرهن ماله لولده ويرتهن مال ولده لنفسه . ويتولى هو طرفى العقد . وليس له أن يتبرع بمال الصغير، فلا يجوز له أن يهب شيئا منه بغير عوض . ولا أن يقرضه . ولا يقترضه ولا يقفه ولا يوصى به .

وكل التصرفات النافعة، والدائرة بين النفع والضرر التى يقتضيها حفظ المال واستثماره يجوز له مباشرتها فى مال ولده، وأما التصرفات الضارة فليس له مباشرتها.

أما اذا كان الأب معروفا بسوء الرأى وفساد التدبير فله الولاية أيضا على أموال ولده الصغير ومن حكمه من الكبار غير المكلفين ولكنه ليس مطلق التصرف كالأب العدل أو مستور الحال، بل لا يجوز تصرفه إلا اذا كان ظاهر النفع فله التصرف النافع نفعا محضا، وله التصرف الدائر بين النفع والضرر بشرط التحقق من نفعه بأن يبيع عقار الصغير بضعف قيمته ويشترى له العقار بنصف قيمته، ويبيع المنقول بزيادة نصف قيمته ويشتريه بنقص ثلث قيمته، بأن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر، ويشترى ما يساوى خمسة عشر بعشرة . وهذا الاحتياط نتيجته فى الحقيقة قصر تصرف الأب المعروف بفساد التدبير على النافع نفعا محضا، لأنه فى الغالب لا يتيسر له تحقيق هذا الشرط فى بيع العقار أو المنقول .

أما اذا كان الأب مبذرا متلفا مال ولده غير أمين على حفظه فانه تسلب ولايته وينزع مال ولده الصغير ومن فى حكمه من يده ويعين بدله وصى كما اذا لم يكن له أب .

وعلى هذا العمل الآن بالمجـالس الحسبية، فالولى الشرعى له سلطة التصرف فى أموال الصغير ومن فى حكمه حسبما هو سائغ له شرعا، إلا إذا كان سيئ التصرف بحيث يلحق الضرر بمـال الصـغير، فتحد سلطتـه ، ويلزم بالاستئذان فى إجراء التصرفات المحتملة للنفع والضرر المنصوص عليها فى المـادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية ، فان بلغ سـوء تصرفه إلى درجة الخطر على أموال ولده تسلب ولايتـه و يعين وصى بدله . فـلا سلطان للمجلس الحسبي على الولى الشرعى إلا اذا أساء التصرف بمقتضى ولايته، فإن أساء التصرف كان للمجلس الحسبي عليه سلطان الحد من سلطته، أو سلب ولايته .

وهذا نص المـادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية التى تقرر ذلك :

" لا يجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعيين من السلطة على أموال الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بنـاء على طلب النيابة العموميـة، وبشرط أن يكون سوء تصرفهم فى أموال المذكورين ملحقا الضرر برأس مالهم نفسـه ، فاذا رأى المجلس أن عدم الثقـة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطتـه على تلك الأموال ، فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المبينة فى المـادة الحادية والعشرين أو بعضها بدون إذن خاص " .

(٢) ولاية وصى الأب — وهو المسمى الوصى المختار . وهـو من يختاره الأب و يوصى إليه بأن يكون خلفا عنه بعد موته على أولاده يدير شئونهم ، وهو بهذا الإيصاء تكون له على قصر الموصى ولاية مالية فقط وليست له ولاية على أنفسهم، و يكون فى ولايته المـالية مقدّما على جدّهم لأبيهم بحيث لو وجد أبو الأب ووصى الأب كانت الولاية على نفس القصر لجدّهم وعلى مالهم لوصى أبيهم .

إقامتـــه — الإيصاء عقد يتم بايجاب من الموصى ، وقبول من الوصى ، والإيجاب يكون بأى لفظ يدل عليـه . مثل : أوصيت اليك بأولادى، أو فلان وصى مالى ... والقبول يكون بما يدل على الرضا من قول كأن يقول الوصى قبلت،

أو رضيت، أو تعهدت، أو فعل كأن يباشر شأنا من شئون تركة الموصى بعد موته، أو يشترى للورثة شيئا من حاجاتهم، أو يقضى بعض ديون الموصى ، أو يقتضى بعضها .

فمتى صدر الإيجاب من الموصى وهو أهل له باستكماله أهليته تم الإيجاب من جانبه سواء صدر منه فى حال صحته أو مرضه، ومتى قبل الوصى لزمته الوصاية، فان قبلها فى حياة الموصى وعلم بقبوله ، واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى كانت الوصاية لازمة له لتمامها من جانبه، وليس له أن يخرج نفسه إلا إذا جعل له الموصى الحق فى أن يخرج نفسه متى شاء، وإن ردّها فى حياة الموصى وعلم بردّه لم تلزمه و يبطل الإيجاب حتى لو قبل بعد ذلك لا تتم ، لعدم مصادفة القبول لإيجاب ، وان سكت فى حياة الموصى ولم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى كان له بعد موته القبول أو الرد . وإذا لزمت الوصى الوصاية بقبوله إياها بعلم الموصى فليس له أن يعزل نفسه عنها فى حياته إلا بعلمه، وليس له أن يعزل نفسه عنها بعد موته إلا إذا كان له الحق بمقتضى الإيصاء أن يخرج نفسه متى شاء ، والحكمة فى هذا عدم التغرير بالموصى . ومتى تم عقد الايصاء كان للوصى بعد موت الموصى الولاية على أمواله .

تثبيت الوصى المختار — على ما عليه العمل الآن بالمجالس الحسبية ليس مجرّد اختيار الموصى للوصى المختار يجعل له حق التصرف فى تركته بعد موته، بل لا بد من عرض أمر هذه الوصاية على المجلس الحسبى المختص ليقرر تثبيت الوصى فى الوصاية بعد أن يتحقق من لياقته لها واستيفائه الشروط الواجب توفرها فى الوصى، وإذا تبين للمجلس أن الموصى اختار للوصاية من لا يليق لعدم استيفائه تلك الشروط يعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن و يعين المجلس وصيا من قبله ، كما إذا مات الموصى ولم يعين وصيا . و إذا ثبته ثم طرأ عليه ما يخل بلياقته . عزله وعين غيره . و إن رآه عاجزا عن القيام وحده بشئون التركة ضم إليه غيره .

ولذا جاء فى المـادة ٣ من قانون المجالس الحسبية المبينة اختصاص المجالس . « وتثبيت الأوصـياء المختارين اللائقين للوصاية . وتعيين المشرفين . وعزل جميع المتولين المذكورين . واستبدال غيرهم بهم » .

شروط الوصى — يشترط فى الوصى شرعا أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية . متحدا فى الدين مع المولى عليه . أمينا . حسن التصرف . قادرا على إدارة شئون التركة .

وزاد قانون المجالس الحسبية ألا يكون محكوما عليـه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير، أو فى جريمة من الجرائم المخـلة بالآداب أو غير ذلك من الجرائم المـاسة بالشرف أو النزاهة ، وألا يكون محكوما بافلاسـه الى أن يحكم برد شرفه اليه . وألا يكون قد قرر الأب حرمانه من التعيين من قبل وفانه باشهاد شرعى . أو بكتابة صادرة بخطه .

وهـذه الشروط التى زيدت فى قانون المجالس الحسبية هى تفصـيل لشرط الأمانة المشترط شرعا، وهى تشترط فى الوصى المختار، وفى الوصى الذى يعينه المجلس ما عدا الشرطة الأخير فانه خاص بالوصى الذى يعينه المجلس .

تخصيص الوصى المختار — اذا خصص الأب الوصى الذى اختـاره بنـوع خاص من التصرفات كأن اختاره ليكون وصيا فى زراعة أطيـانه أو اجارة عقاراته أو تحصيل ديونه . قال أبو حنيفه : لا يقبل الوصى المختار التخصيص بل يكون وصيا عاما ، ولو اختار عدة أوصياء وخصص كل واحد منهم بنوع كان كل منهم وصيا عاما . وقال أبو يوسف : الوصى المختار يتخصص بمـا خصص به ، ولا تكون له ولاية على غيره .

وجه قول الامام أن الولاية لا تتجزأ فمن ولى تصرفا ملك الولاية كاملة فى كل أنواع التصرفات . وأن الموصى رضى برأى هذا المختار فى بعض التصرفات فيكون

أولى ممن لم يرض برأيه فى تصرف مّا، فتكون ولايته عامة — ووجه قول أبى يوسف أن تخصيص الموصى للوصى ببعض التصرفات دليل على أنه لا يثق برأيه فيما عداها، ورب امرئ يحسن تصرفا ولا يحسن آخر، فجعله وصيا عاما إهدار لمعنى التخصيص، وبعد عن غرض الموصى وهو أحرص الناس على شئون تركته . والفتوى على قول أبى حنيفة . والظاهر قول أبى يوسف :

تعدّد الوصى المختار — اذا أوصى الأب الى أكثر من واحد، فان نص فى إيصائه على أن لكل منهم أن ينفرد بالتصرفات، أو نص على وجوب الاشتراك اتبع ما نص عليه، واذا أطلق ولم ينص على اشتراك أو انفراد . فأبو يوسف يرى أن لكل منهما أن ينفـرد بالتصرفات لأن اختيار كل واحد منهما مع الاطلاق له أكسبه ولاية كاملة . والطرفان يريان أنه يجب عليهـما الاشتراك فى التصرفات ، وإلا ضاع غرض الموصى من تعيين اثنين فأكثر ، فليس لأحدهمـا أن ينفرد بالتصرف، إلا فى المسائل التى لا تقتضى الاشتراك، وهذه المسائل ترجع الى قسمين :

(الأول) التصرفات التى يخشى من تأخيرها الضرر كبيع ما يخشى عليه التلف، وشراء حاجات القصر الضرورية، وتجهيز المتوفى وتكفينه .

(الثـانى) التصرفات التى لا يحتاج فيهـا الى الرأى كرد الودائع المعـروفة الى أصحابها . وقضاء الديون الثابتة المطلوبة . وتنفيذ الوصية المعينة الصحيحة لمعين .

تصرفات الوصى المختار — اذا كانت التركة مشغولة بدين أو وصـية فعليه أن يسدّد الدين، وينفذ الوصية . واذا كان الوفاء بالدين يقتضى بيـع التركة كلها من منقول وعقار فله بيعها . لأنه لا تركة إلا بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية الجـائزة .

واذا كانت التركة غير مشغولة بدين أو وصـية والورثة كلهم كبار حاضرون، فليس للوصى المختار ولاية عليهم لأنهـم غير محجور عليهـم وكل ما يملـكه بمقتضى الوصاية أن يقتضى ديون الموصى . ويقبض حقوقه ويدفعها الى ورثته .

وان كانوا كلهـم كبارا غير حاضرين فله مع ذلك أن يبيع المنقولات فقط اذا رأى أن أثمـانها أبقى منها لأن هذا من باب الحفظ .

واذا كان الورثة كلهـم صغارا فله الولاية المـالية عليهم، وله بمقتضى هـذه الولاية أن يتصرف فى أموالهـم بمـا فيـه حفظها واستثمارها من إجارة ومضاربة ومزارعة . وليس له أن يتبرع بشىء منها لا هبة ولا وصية ولا صدقة ولا وقفا . وكل مايملكه الأب من التصرف المـالى يملكه وصيه لأنه قائم مقامه، إلا أن الأب له أن يبيع مال الصغير عقارا كان أو منقولا بثمن المثل أو بغبن يسير ولو لم يوجد أحد المسوغات الشرعية لبيع العقار . وأما وصيه فليس له أن يبيع العقار إلا بمسوّغ شرعى . والمسوّغات ترجع الى قسمين :

(الأول) أن يتعـلق بالتركة حقـوق لا يمكن ايفاؤها إلا ببيـع العقار كأن يكون على المتوفى دين أو فى التركة وصية ولا يفى بذلك بيع المنقولات .

(الثـانى) أن يكون بيع العقار خيرا للصـغير من بقائه . كأن يوجد راغب فيه يشتريه بضعف قيمته أوأكثر ، أو تكون ضريبته وما يصرف عليـه للصيانة، أو الزراعة تزيد على غلاته، أو يكون العقار مبنيا و بناؤه آيل الى السقوط ولا نقود عنـد الوصى لترميمه وتلافى سـقوطه ، أو يحتاج القاصر الى النفقة وليس فى التركة نقود ولا عروض ولا سبيل الى تدبير نفقته إلا بيع عقاره ، أو يخشى على العقار من متسلط يغصبه ظلما ولا يمكن دفعه عنه ولا استرداده منه بعد غصبه . ففى هذه الحالات وأمثالها يكون خير القاصر ومنفعته فى بيع عقاره .

فالوصى المختار من الأب له أن يتصرف فى أموال القصر التصرفات النافعـة نفعا محضا، كقبض ما يوهب لهم أو يوصى اليهم به، وقبض ديونهم، وتحصيل غلاتهم . وله أن يتصرف التصرفات الدائرة بين نفع القصر وضررهم . فله أن يتجر لهم بأموالهم . وله أن يبيع منقولاتهم بمثـل القيمة أو بغبن يسـير . وله أن يشترى لهم عقارا أو منقولا بمثل القيمة أو بغبن يسير . وله أن يؤجر مالهم . وله أن يبيع

مال نفسه لليتيم، و يشترى مال اليتيم لنفسه، ويتولى هو طرفى العقد . وللاحتياط ودفع التهمة اشترط فى هاتين الحالتين أن يكون فى البيع والشراء نفع ظاهر للقاصر بأن يبيع للقاصر العقار بنصف قيمته، و يشترى منه العقار بضعف قيمته . وفى غير العقار بأن يبيع له ما يساوى خمسة عشر بعشرة، و يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر . وليس له أن يتصرف فى أموالهم تصرفا ضارا فلا يتبرع بشىء من مال الصغار بأى نوع من التبرع، ولا يتنازل عن حق ثابت لهم، ولا يقر بحق غير ثابت عليهم، وغير ذلك مما فيه إضرار ظاهر بالقصر .

ومن هذا يتبين أن تصرفات الوصى المختار تخالف تصرفات الأب فى مسألتين : (الأولى) أن الأب له بيع منقولات أولاده القصر وعقاراتهم بثمن المثل أو بغبن يسير. وأما وصيه المختار فله بيع منقولاتهم فقط بثمن المثل أو بغبن يسير . وأما عقاراتهم فليس له بيعها إلا بمسوّغ شرعى من المسوّغات التى بيناها . (الثانية) أن الأب اذا تولى طرفى العقد بينه و بين ولده بأن باع مال نفسه لولده، أو اشترى مال ولده لنفسه، فلا يشترط تحقق النفع الظاهر فى المبادلة بالمعنى الذى بيناه، بل يكفى أن لا يكون فى المبايعة غبن فاحش . وأما الوصى فاذا تولى طرفى العقد بينه و بين القاصر فلا بد من تحقق النفع على ما بيناه .

وعلة التفريق واضحة لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا حاجة معهما الى ضمان آخر، ولا كذلك الوصى فانه قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر . ولذلك اذا كان بيعه مال القاصر لأجنبى أو شراؤه له من أجنبى لم تشترط الخيرية بالمعنى السابق، بل ان كان المبيع منقولا صح بثمن المثل أو بغبن يسير. وان كان عقارا صح بوجود المسوّغ .

(٢) ولاية الجدّ — اذا آلت الولاية للجدّ الصحيح وهو أبو الأب و إن علا، ملك التصرفات التى يملكها الوصى المختار من الأب . إلا أن الجدّ ليس له أن يبيع شيئا من التركة لا من عقاراتها ولا منقولاتها لتسديد دين على المتوفى أو تنفيذ

وصية له : مع أن الوصى المختار له أن يبيع التركة كلها من عقار ومنقول إذا اقتضى ذلك إيفاء ما على المتوفى من ديون أو تنفيذ وصاياه الجائزة . وإنمـا يملك الجدّ بيع التركة لقضاء ديون القصر أنفسهم . وبناء على هذا إذا كان على المتوفى دين أو فى تركته وصية والولاية للجـدّ ، فالدائن أو الموصى له لا يطالب الجـدّ ببيع شىء من التركة لسداد الدين أو تنفيذ الوصية ، وإنما يرفع الأمر الى القاضى ليجرى هو بيع ما يفى بالسداد أو التنفيذ .

وهذا تفريق لا يظهر له وجه . ولذا قال محمد : الجـدّ يملك عند عدم الأب أو وصيه كل ما يملكه الأب من التصرفات — وهذا القول هو الظاهر — ولكن المفتى به هو الأول .

(٤) ولاية وصى الجدّ — إذا اختار الجـدّ وصيا على أولاد ابنه من بعده ، كان هـذا الوصى المختار من الجدّ له الولاية المـالية التى كانت للجدّ على مال أولاد ابنـه وملك من التصرفات المـالية ما يملكه الجدّ لأنه مستمد ولايته منه . وأحكامه من حيث إقامته ، والشروط الواجب توافرها فيـه ، وتثبيته من المجلس الحسبي المختص ، وعدم تخصصه بالتخصيص ، وما يجوز له عند التعدّد من الانفراد أو عدم الانفراد ، هى الأحكام التى قررناها للوصى المختار من الأب .

(٥) ولاية القاضى ووصيه — إذا كان فاقدو الأهلية وناقصوها من الصغار ومن فى حكمهم من الكبار غير المكلفين لجنون أو عته ليس لهم ولى شرعى لا أب ولا وصيه ، ولا جدّ ولا وصيه ، تكون الولاية على أموالهم للقاضى ، وقد حل محل القاضى الآن المجلس الحسبي . فمن ليس له ولى شرعى على ماله من القصر ومن فى حكمهم ، فالولاية الشرعية على أموالهم للمجلس الحسبي المختص ، وبما أن القاضى قديما والمجلس الحسبي حالا لا يستطيع أن يباشر شئون هذه الولاية بنفسه ، ولا أن يتصرف فى أموال القصر بيـده ، كان لا بد أن يعين عنه وصيا يدير شئون القصر

المالية نيابة عنه . وهذا هو الوصى المعين، وهو شرعا متى عين صارت له الولاية المالية وملك من التصرف المالى ما يملكه الوصى المختار من كل تصرف نافع نفعا محضا، أو دائر بين النفع والضرر على ما فصلناه، وليس له أن يتصرف أى تصرف مالى ضار بالقصر . إلا أن الوصى المعين يفترق شرعا عن الوصى المختار فى مسائل :

(١) الوصى المختار لا يقبل التخصيص على المفتى به، ولكن الوصى المعين يقبل التخصيص، فإذا عين وصى لإدارة شئون الأطيان الزراعية فقط تخصص بها ولم تكن له ولاية على غيرها . لأن ولاية القاضى تتخصص فكذلك ما استمد منها .

(٢) الوصى المختار له أن يبيع مال نفسه للقاصر ويشترى مال القاصر لنفسه بشرط أن تتحقق الخيرية فى المعاوضة بالقدر الذى بيناه، ولكن ليس للوصى المعين أن يعقد هذه المعاوضة لا لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له كابنه وأبيه، لأنه نائب عن القاضى، والقاضى لا يملك ذلك لأنه فعله قضاء وهو لا يقضى لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعا للتهمة، فمثله من استمد الولاية منه .

(٣) الوصى المختار له ولاية التصرف بنفسه فى حياته، وله أن يوصى الى غيره من بعده ويكون هذا الوصى الثانى وصيا فى التركتين فى تركة الوصى نفسه وفى التركة التى هو وصى فيها . ولكن الوصى المعين لا يملك أن يعين وصيا من بعده على التركة التى هو معين فيها إلا إذا جعل له الحق فى هذا التعيين . لأنه يتخصص بالتركة وبنوع التصرف .

فمما تقدم يؤخذ أن ولاية الأب المالية أشمل من ولاية وصيه المختار، وأن ولاية وصيه المختار أشمل من ولاية الجدّ، وإن ولاية الجدّ ووصيه حدودهما واحدة وولاية الوصى المعين أضيق الولايات حدودا . ومنشأ هذا كما قدمنا الاحتياط لمصلحة القصر، والتفريق بين ولاية الولى الشرعى ومن اختاره، وبين ولاية الأجنبى المعين من قبل القضاء .

و يؤخذ أيضا أن تصرفات الولاة الماليين الستة مقيدة بالمصلحة . ولذا حظر عليهم كل تصرف ضار بمصلحة الصغير ومن حكمه . وأبيح لهم التصرف النافع والدائر بين النفع والضرر مع وجوه الاحتياط التى فصلناها فى ولاية كل منهم . والأصل فى هذا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا . إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ .

ما عليه العمل الآن — كل ما قدمناه من الأحكام فى حدود الولاية على المال هو ما تقرر فى مذهب أبى حنيفة تحديدا لسلطان الولاة الماليين وبيانا للفروق بينهم .

وقانون المجالس الحسبية الجارى به العمل الآن وهو الصادر فى أكتوبر سنة ١٩٢٥ قد وضع حدود الولاية المالية على أسس هذه الأحكام ، وزاد بعض ما اقتضته رعاية مصلحة القصر من الأحكام . ونحن نبين بالإجمال ما سنه قانون المجالس الحسبية المذكور . ومنه يتضح أن الخلاف انما هو فى وسائل الاحتياط .

اذا كان للقصر ولى شرعى أب أو جدّ صحيح ، فلا تكون للمجالس الحسبية ولاية على أموال هؤلاء القصر ، وانما الولاية لوليهم الشرعى أبيهم أو جدّهم . وليس للمجالس الحسبية سلطان على هذا الولى الشرعى ، فله أن يتصرف فى أموال القصر بكل مايسوغ له شرعا أن يتصرف فيه بدون استئذان المجلس أو رجوع اليه . وليس له أن يتصرف ما حظر عليه شرعا . ولكن إذا أساء الولى الشرعى التصرف فى أموال القصر بحيث تكون تصرفاته مضرة بهذه الأموال ، كان على المجلس ان يتدخل فى ولايته ، فان رأى تصرفات الولى تجعله غير أمين وغير موثوق به قرر سلب ولايته على أموالهم ، وصار القصر كأنهم لا ولى لهم وعين المجلس الحسبى من يختاره وصيا عليهم . واذا رأى أن تصرفاته لا تبلغ من السوء درجة تجعله غير أمين وأن لا مبرر لسلب

ولايته، فله أن يتخذ الاحتياط لتصرفه بحيث يحظر عليه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (وهى الواردة بالمادة ٢١) كلها أو بعضها إلا باذن المجلس (المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية) .

واذا لم يكن للقصر ولى شرعى كانت الولاية على أموالهم للمجلس الحسبى المختص غير أنه اذا كان الولى الشرعى قد اختار قبل وفاته وصيا على القصر المشمولين بولايته كان على المجلس أن ينظر فى هذا الوصى المختار ، فان تبين أنه لائق للوصاية بتوافر شروط الوصى فيه ثبته فيها وكانت له الولاية . وإن رآه غير لائق لها لعدم استيفائه الشروط عين وصيا من قبله وكأن هذا الاختيار لم يكن . واذا لم يكن للولى الشرعى وصى مختار من قبله ، أو كان له وصى مختار ولم يثبته المجلس . عين المجلس الحسبى من يشاء ممن استكمل الشروط الواجب توفرها شرعا وقانونا فى الوصى .

والوصى المختار بعد تثبيته ، والوصى المعين بعد تعيينه ، سيان فى الخضوع لرقابة المجلس الحسبى ، ووجوب تقديمهما الحساب له . وما يجوز لهما من التصرف فى أموال القصر ، وما لا يجوز .

فالتصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة : والإقراض ، والإعارة ، والإقرار على الصغير بدين غير ثابت . والتنازل عن حق ثابت . وكل ما فيه إخراج شىء من ملك القاصر بغير عوض ، أو تعريض ماله أو حقه للضياع . ليس للوصى مطلقا مختارا كان أو معينا . ولا للقيم على المحجور عليه . ولا للوكيل عن الغائب أن يباشر شيئا منها ، واذا باشر شيئا منها كان تصرفه باطلا بطلانا جوهريا لا تلحقه اجازة المجلس لو أجازه ، ولا اجازة القاصر بعد بلوغه (مادة ٢٢ من قانون المجالس الحسبية) . وهذا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والتصرفات النافعة نفعا محضا مثل قبول الهبات والوصايا له . وما يقتضيه استثمار الأعيان وصيانتها وحفظها مثل التأجير للمدة القصيرة التى تقل عن ثلاث سنوات ، وتحصيل الايراد ، ودفع الضرائب والديون الثابتة ، وبيع المنقولات التى يكون حفظ

ثمنها خيرا من بقائها، وتسجيل العقود، وترميم البناء . يجوز للوصى مطلقا سواء كان مختارا أو معينا أن يباشرها من غير توقف على اذن المجلس .

وهذا أيضا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لا يجوز للوصى على القصر مختارا كان أو معينا، ولا للقيم على المحجور عليه ، ولا للوكيل عن الغائب ، أن يباشر شيئا منها إلا باذن المجلس بحيث اذا باشر شيئا منها بدون اذنه كان تصرفه باطلا ولكنه بطلان نسبي، فلو أجازه المجلس نفذ لأن الاجازة اللاحقة كالاذن السابق . وهذه التصرفات عدّها القانون فى المادة ٢١ وهذا العدّ ليس حصرا وانما هو بيان لما يكثر وقوعه .

وهذا هو مادون بالمادة ٢١ المذكورة :

(١) شراء العقارات، أو بيعها أو استبدالها، أو ترتيب حقوق عينية عليها .

(٢) التصرف بالبيع أو الرهن فى الأوراق المالية .

(٣) تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب .

(٤) الاعتراف بدين سابق على الوفاة، أو الحجز، أو الغيبة .

(٥) الصلح أو التحكيم .

(٦) اجراء القسمة بالتراضى .

(٧) طلب القسمة القضائية عند عدم الاتفاق .

(٨) قبول الهبة اذا كانت مقترنة بشرط .

(٩) التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات .

(١٠) الاقتراض .

(١١) شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب، أو بيع شيء من ملكهم لواحد منهم .

(١٢) استئجار ملك القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب .

(١٣) قبول التنازل لهم عن حق، أو دين على القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب .

ووجوب حصول الوصى على اذن خاص لمباشرة هـذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يغاير ما قدمناه من الحكم الشرعى الذى يسوّغ هذه التصرفات للوصى المختار . والوصى المعين بمقتضى الايصاء بدون توقف على اذن . ولكن اذا روعى أن الوصى المعين من قبل المجلس الحسبي يستمدّ ولايته من المجلس وأنه يتخصص بما خصصه به وتتقيد ولايته بالحدود الذى حدّها له . وأن الوصى المختار لا يملك الولاية إلا بعد تثبيت المجلس له وهو بهذا التثبيت يتقيد بما قيده به . وأن الشارع أباح التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مع إيجاب احتياطات خاصة فى التصرفات . وأن الغرض من توقف التصرف على اذن المجلس هو التحقق من رعاية هـذا الاحتياط وتوفير مصلحة الصغير ومن فى حكمه، يتبين أن توقف هذه التصرفات على الاذن لا يخرج عن حدود ما قررته الشريعة من اتخاذ الاحتياط لمصلحة القاصر، وأن لا يقرب ماله إلا بالتى هى أحسن .

فعلى أساس هذا الاحتياط نص القانون على ما لا يجوز للوصى من التصرفات فى المادة ٢٢ ، وعلى ما يجوز له باذن خاص فى المادة ٢١، ومفهومه أن ما عدا المنصوص عليه فى المادتين المذكورتين يجوزله مباشرته بدون اذن خاص وهى التصرفات التى ترجع الى حفظ التركة واستثمارها وجلب النفع للقاصر نفعا محضا .

محاسبة الوصى — اذا بلغ القاصر رشيدا فله أن يحاسب الوصى عن ادارته فى مدة وصايته ، ومصروفات المحاسبة عليه لأنها فى مصلحته . واذا كان الوصى معروفا بالأمانة اكتفى منه بالحساب الاجمالى وصدّق بيمينه فيما يدعيه من إيراد أو مصروف اذا كان الظاهر لا يكذبه، فان كان الظاهر يكذبه فلا يصدق بيمينه، بل لا بدّ من البينة إلا اذا بين سببا مقبولا لمخالفة الظاهر . مثلا اذا قدّم الوصى فى الحساب أنه انفق على القاصر فى الشهر مائة جنيه فى نفقته وكان الظاهر يكذبه فلا يصدّق بيمينه إلا اذا بين سببا مقبولا بأن قال أن ثيابه سرقت وجدّد بدلها أو احتاج الى علاج استنفذ مبالغ كبيرة، أو غير ذلك مما يحتمل أن يصرف فيه هذا

القدر . وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفى منه بالحساب الاجمالى، بل لا بد من حساب تفصيلى لأبواب الايراد وأبواب الصرف ويصدّق بيمينه فيما لا يكذبه فيه الظاهر من كل تصرف سائغ له شرعا . وفيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالبينة . هذا هو الحكم الشرعى فى محاسبة الوصى وهو مبنى على أنه أمين والأمين يصدق .

وكذلك للقاصر اذا بلغ رشيدا أن يحاسب وليه الشرعى أباه أو جدّه، ويعامل كل منهما فى المحاسبة على أساس أنه أمين يصدق فيما يدعيه من ايراد ومصروف ما لم يكذبه الظاهر .

أما الذى عليه العمل الآن بمقتضى المادة ٢٤ وما بعدها، فان كل وصى ملزم بأن يقدّم حسابا تفصيليا فى آخر كل سنة الى المجلس الحسبى التابع له، وبأن يرفق بهذا الحساب جميع المستندات التى تؤيده . وملزم بأن يقدّم الحسابات النهائية الى المستحق أو الذى يولى ادارة التركة بدله . بلا تفريق بين وصى مختار ومعين، ولا بين معروف بالأمانة وغير معروف بها . واعتماد المجلس الحسبى للحساب المقدّم من الوصى لا يمنع ذوى الشأن من الطعن فيه أمام المحاكم المختصة، لأن نظر المجلس فى الحساب وتصديقه من باب الرقابه لا من باب القضاء به فهو لا يأخذ قوة الشىء المحكوم به[1] .

أجرة الوصى — للوصى أجرة مثل عمله ان كان فقيرا محتاجا . وان كان غنيا فلا أجر له . قال تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ولكن لتغير الأيام صار المفتى به أن الوصى مطلقا غنيا أو فقيرا له الأجر اذا أبى أن يعمل إلا بأجر . والقاضى يقدّره بما يراه .

والجارى عليه العمل الآن أن الوصى اذا طلب تقدير أجر على عمله يعين له المجلس الحسبى هذا الأجر بمراعاة قيمة الأموال التى يديرها . والعمل الذى استوجبته ادارتها . والفائدة التى عادت على القاصر منها . ويكون ذلك بقدر الامكان بتقدير

(١) بعض الدوائر القضائية رأت أن القاصر اذا بلغ رشده ليس له أن يحاسب الوصى على حساب اعتمده المجلس الحسبى بناء على أن المجلس نائب عن القاصر فهو يمثله فى المصادقة على الحساب المقدّم من الوصى .

مبلغ معين فى المـائة من صافى الايراد السنوى المتحصل، على أن لا يزيد الأجر على كل حال عن ثمانية فى المـائة من صافى الريع، أو من جملة الايراد بعد خصم الأموال ومصاريف الزراعة ، ومصاريف صيانة العقار .

موت الأب أو وصـيه مجهلا — المراد بموت أحدهما مجهلا أن يموت من غير أن يبين ما للقاصر من عقار ومنقول ونقود وديون وتصرفاته بمقتضى ولايته بيانا يجعـل كل شىء للقاصر معروفا محفوظا . والقاعدة الفقهيـة أن الأمين ملزم بالحفظ وضامن بالتعدى . وأن إهماله بتجهيله الأمانة نوع من التعدى يكون به ضامنا . وعلى هذا وضعت القاعدة — الأمين يضمن بموته مجهلا — ولكن الأب ووصـيه مع كون كل منهما أمينا فى مال القاصر الذى تحت يده مستثنيان من هذه القاعدة . فاذا مات أحدهما مجهلا مال القاصر، فما وجد من هذا المـال أخذ، وما لم يوجد لا يكون مضمونا فى تركة أحدهما ، وذلك لأن كل واحد منهما له ولاية التصرف فى مال القـاصر ، فيحتمل أنه اتجر فيـه فخسر . أو باع منه شيئا فضاع الثمن . أو تصرف أى تصرف من التصرفات الجائزة له فكانت سببا فى ضياع شىء منه بخـلاف سائر الأمناء ، فان عليهم الحفظ وليس لهم التصرف، فما لم يوجد من المـال الذى تحت يدهم بعد موتهم يكون مضمونا عليهم .

والظاهر أن الجدّ ووصيه فى هذا مثل الأب ووصيه، لأن كلا منهما أمين له ولاية التصرف فعلة الاستثناء متحققة .

المفقـــود

تعريفـــه — المفقود شرعا هو غائب لا يدرى مكانه ولا يعلم أحى هو أم ميت.

إدارة شـــئونه — اذا ترك المفقود وكيلا كان قد وكله عنه قبل فقده، تستمر وكالة هذا الوكيل، ويكون له الحق بمقتضاها فى حفظ أمواله واستثمارها والنظر فى شئونها من تحصـيل غلات وقبض ديون، وغير ذلك من كل تصرف يقتضيه الحفظ أو الاستثمار . ولا يعتـبر الوكيل بفقد موكله معزولا من الوكالة بل يبقى نائبا عنه فى إدارة شئونه . وليس لورثة المفقود التعرض له ، ولا لمندوب بيت المـال عند عدم وجود ورثة له ، لأنه ما دام لم يحكم بموت المفقود فما له باق على ملكه ، ووكيله قائم فيه مقامه ، ولا حق فيه للورثة ولا لبيت المـال ، ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقاراته إلا بإذن القاضى .

و إذا لم يترك المفقـود وكيلا عنـه عين له وكيل يحفظ أمواله ويستثمرها بما فيه المصلحة .

جهة الاختصاص بشئونه — المجالس الحسبية هى المختصة الآن بتعيين الوكيل فى مال المفقود، ومراقبة الوكيل الذى أنابه عنه المفقود قبل فقده، ولها الحق فى محاسبته وفى عزله وتعيين غيره إن رأته غير صالح لإدارة المـال، ولها ضم غيره اليه إن رأته غير قادر عليها وحده . وشأنه فى ذلك شأن الوصى على القاصر والقيم على المحجور عليه .

والمحاكم الشرعية هى المختصة بالحكم بموت المفقود، وقسمة تركته بين ورثته، وشئون زوجيته .

وتصرفات الوكيل فى أموال المفقود على ما عليه العمل الآن بالمجالس الحسبية حكمها حكم تصرفات الوصى فى مال القاصر، والقيم فى مال المحجور عليه، فلا يجوز له التبرع بشىء منه ولا تغييره كما نص على ذلك فى المـادة ٢٢، ويجب عليه استئذان

المجلس لإجراء أى تصرف من التصرفات الواردة فى المادة ٢١، وما عدا ذلك فهو سائغ له بغير استئذان، لأن المواد المذكورة جعلت حكمها ساريا على الأوصياء والقامة. والوكلاء عن الغائبين. بغير تفريق بين وصى مختار ومعين و بين وكيل مختار و وكيل معين.

أحكام المفقود — يعتبر المفقود حيا وترتب عليه أحكام الأحياء ما دام لم يثبت موته ولم يحكم به. لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره. وعلى هذا لا يفرق بينه و بين زوجته ولا تحل لأحد غيره، ولا يقسم ماله بين ورثته، ولا تفسخ إجارته. وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته ولكل من تجب عليه نفقتهم شرعا، لأنه معتبر حيا فى غيبته. فلا ترتب عليه أحكام الموتى فتبقى زوجته على عصمته، وماله على ملكه، وإجارته قائمة، ويبقى أهلا لوجوب النفقة عليه.

ولكن بما أن حياته هذه اعتبارية وليست محققة فلا ترتب عليها الأحكام التى شرطها التحقق من الحياة، وعلى هذا لا يرث فعلا من غيره. ولا يستحق فعلا الموصى له به، لأن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية التحقق من حياة الوارث أو الموصى له بعد موت المورّث أو الموصى. و بما أن المفقود ليست محققة حياته بل هو معتبر حيا فقط، فلا يرث فعلا ولا يستحق الموصى به فعلا، ولكن لاحتمال حياته يوقف له نصيبه فى الميراث الذى يستحقه لو كان محقق الحياة، و يوقف له الموصى له به، فاذا ظهر حيا أخذ النصيب الموقوف المحفوظ له لأنه تبين أنه استحقه، وإذا لم يظهر حيا وحكم بموته، يرد الموقوف من الميراث الى ورثة المورّث، وترد الوصية الى ورثة الموصى، لأن المفقود لما لم تظهر حياته كان كأنه عند موت المورّث أو الموصى غير موجود، فلا حق له فى الإرث، ولا الوصية، ويكون ما وقف له حقا لورثة المورّث أو الموصى.

وهذا معنى قول الفقهاء يعتبر المفقود حيا فى الأحكام التى تضره وتترتب على ثبوت موته كقسمة ماله بين ورثته وانقطاع زوجيته. ويعتبر ميتا فى حق الأحكام

التى تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته . كارثه من غيره واستحقاقه وصـية غـــيره له .

متى يحكم بموته — أصل المذهب أن المفقود يحكم بموته بالبينة . فان لم توجد بينة فبموت أقرانه، أو بمضى تسعين سنة من تاريخ ولادته .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية وهو مأخوذ من مذهب أبى حنيفة وأحمـد بن حنبل أن المفقود اذا فقـد فى حالة يظن معها موته كمن خرج ليقضى حاجة قريبة و يعود ففقد . أو خرج للقتال فى الميدان ففقد، فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه، اذا مضت عليه أربع سنين كاملة من حين فقده ولم يعد، وبحث عنه فلم يوجد . واذا فقد فى حالة يظن معها بقاؤه حيا كمن سافر للسياحة أو التجارة أو طلب العلم ففقد، فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه اذا مضت عليه من حين فقده مدة لا يعيش مثل المفقود الى غايتها، وتحرى عنه بمـا يوصل الى معرفـة حاله فلم يوجد . وتقدير هـذه المدة موكول إلى رأى القاضى يقـدّرها بمراعاة سنّ المفقود وحالته الصحية حين فقده، وقـد تكون أربع سنين أو أقل أو أكثر .

والفرق بين الحالين أنه لمـا كان الفقد فى الحالة الأولى على حال يغلب فيهـا الهلاك حدّدت أربع سنوات يكون مضيها مرجحا موته . ولمـا كان الفقد فى الحالة الثانية على حال يظن معها بقاؤه حيا ترك أمر تقدير المدة التى يحكم بموته اذا مضت الى القـاضى ليراعى سنّ المفقود وصحتـه وسائر أحواله . ولزم التحرّى فى الحالتين للاحتياط . وقبل صدور الحكم بموته يعتبر حيا على ما قدّمنا مهما طالت مدّه فقده .

ومتى حكم بموته اعتدت زوجته عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته . وبعـد انقضائها تحل للأزواج . وقسمت تركته بين ورثتـه الموجودين وقت الحكم بموته . وردّ الموقوف له من الارث أو الوصـية الى ورثة مورّثه أو الموصى كما قدّمنا .

ومن هـذا يتبين أن الحكم بموت المفقود لا يستند الى تاريخ فقـده بالنسبة لإرث غيره منه . ولهذا لا يرثه إلا ورثته الموجودون وقت الحكم بموته . أما من ماتوا قبـل الحكم فلا يرثونه ولو ماتوا بعد فقده . ويستند الى تاريخ فقده بالنسبة لإرثه من غيره ، ولهذا يرد النصيب الموقوف من الإرث أو الوصية الى ورثة المورّث أو الموصى كأن المفقود لم يكن موجودا .

ظهور حيـاته — إذا حكم بموت المفقود على أى حال كان فقده ثم جاء ، أو ظهرت حياته بأى دليل . فأما زوجته فهى له ما لم يتزوج بها آخر ويستمتع بها غير عالم بحياة الأول . فان وجدها كذلك أى تزوجت بآخر وتمتع بها غير عالم بحياة الأول فهى لزوجها الثانى إلا أن يكون عقـد عليها فى عدّة وفاة الأول . وأما ماله فالموجود منه فى أيدى ورثته يأخذه منهم . وأما ما استهلكوه منه فهو غير مضمون عليهم لأنهـم أخذوه بحكم القاضى . وكذلك الحكم فيما كان موقوفا له من إرث أو وصية و ردّ الى ورثة المورّث أو الموصى بعد الحكم بموته يأخذ الموجود منه بأيديهم وأما المستهلك فلا ضمان له .

مادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — "يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوّض أمر المدّة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . وذلك كله بعد التحرّى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا" .

مادة ٢٢ من القانون نفسه — "بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المـادة السابقة تعتدّ زوجته عدّة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم" .

مادة ٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ — "اذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حىّ فزوجته له ما لم يتمتع بها الثانى ، غير عالم بحياة الأول ، فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدّة وفاة الأول" .

المريض مرض الموت

قدمنا أن مرض الموت هو المرض الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها . ويغلب فيه الهلاك . ويتصل به الموت . وأن من كان صحيحا ولكن وجد فى حال يغلب هلاكه فيها ، ثم مات حكمه وهو فى حالته الخطـرة حكم المريض مرض الموت . ومن هـذا يؤخذ أن المرض لو أعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ولكن حصل الشفاء منه لا يعتبر مرض موت . وكذلك لو أعجز صاحبه ولكن لم يكن بحيث يغلب فيـه الهلاك أو لم يعجزه ولم يغلب فيه الهلاك تكون تصرفات المريض فيه تصرفات الصحيح . وقالوا إن المريض إذا طالت علتـه بأن مضت عليه سـنة فأكثر من غير تغير وازدياد يعتبر مرضـه مرضا لا يغلب فيه الهلاك ، وتكون تصرفات المريض بعد ظهور تطاول مرضه بمضى السنة عليه كتصرفات الصحيح . فلا يمكن الحكم على المريض بأنه مريض مرض موت إلا بعد موته ، وما دام حيا لا اعتراض لأحد على أى تصرف له لاحتمال أن يبرأ من مرضه فلا يكون مرض موت وتكون تصرفاته فيه كتصرفات الأصحاء .

تصرفاته — بما أن المريض مرض الموت تتعلق بما له حقوق دائنيه وورثته . وهو فى مرضه عرضة للتهمة فى تصرفه . فلا يكون حر التصرف فى ماله بل تكون أحكام تصرفاته على هذا التفصيل المقصود منه المحافظة على حقوق الدائنين والورثة ونفى التهمة .

فأما تصرفاته الانشائية التى هى معاوضات محضة وليس فيها محاباة فى العوض ولا أى تبرع ، مثل البيع والاجارة ببدل المثل ، فهذه نافذة ولا حق لدائن أو وارث فى الاعتراض على تصرف منها بعد موت المريض ، لأن ما خرج عن ملك المريض دخل فى ملكه بدله وحقهم انما تعلق بمالية ملكه لا بخصوص أعيانها ، فبيعه واجارته

وكل مبادلاته ما دامت بثمن المثـل فهى نافذة . ولكن اذا كان بيعه لأحد ورثته توقف نفاذ البيع بعد موته على اجازة سائر الورثة نفيا للتهمة ولو كان البيع بثمن المثل[1].

وأما تصرفاته الانشائيـة التى هى تبرعات كالهبـة والوقف والضمان والمحـاباة فى المعاوضات، فهذه تصرفات تضر بحقوق الدائنين. والورثة. لأنها تخرج شيئا من ملك المريض بغير عوض. ولذلك يكون حكمها حكم الوصية وان صدرت منجزة . فاذا وهب المريض مرض الموت أو وقف أو ضمن أو حابى فى مبادلة كان هـذا التصرف منه بمنزلة الوصية، فان مات مدينا بدين مستغرق تركته توقف نفاذ تصرفه على اجازة دائنيه . وإن مات غير مدين وكان تبرعه لوارث توقف نفاذه على اجازة سائر الورثة أيا كان المقدار المتبرع به . وان مات غير مدين وكان تبرعه لغير وارث نفذ فى ثلث تركته وتوقف فيما زاد عنه على اجازة سائر الورثة . مع مراعاة التفريق بين وقفه ووصيته كما هو مبين فى موضعه .

ويؤخذ من هـذا أن تبرعات المريض مرض الموت سـواء صدرت منجزة أو مضافة الى ما بعـد الموت حكمها حكم الوصـية . وأما تبرعات الصحيح، فان صدرت مضافة الى ما بعـد الموت فهى وصية . وأن صدرت منجزة فهى نافذة ولا يسرى عليها حكم الوصية .

وأما تصرفه الاخبارى وهو اقراره بحق على نفسه لغيره ، فان صدر اقراره هذا لأحد ورثته، كما اذا أقر لزوجته بأن لها عليه ألف جنيه، أوأقر لأحد أبنائه بمثل ذلك، يعتبر هذا الاقرار منه حكمه حكم تبرعه، فيتوقف على اجازة سائر ورثته بعد موته . أيا كان مقدار المقر به لاحتمال أنه أراد إيثار بعض الورثة على بعض . ولما لم يملك التبرع عمد الى صورة الاقرار فيرد قصده عليه و يعتبر اقراره لوارثه وصية دفعا للتهمة . وأما ان

---

(١) وهذا قول الامام والعلة الابتعاد عن الشبهات وعن إيثار بعض الورثة ببعض الأعيان . وقال أبو يوسف : البيع للوارث بثمن المثل صحيح نافذ، لأنه ما دام بثمن المثل فلا شبهة . ولا حق لسائر الورثة فى الاعتراض عليه بعد موت مورثهم .

كان إقراره لأجنبي فهو صحيح نافذ له لا تهمة، فيعتبر مجرد إخبار عن ملك سابق للمقر له، لا انشاء تمليك فى الحال .

ويستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لوارث إلا اذا أجازه سائر الورثة ثلاث مسائل الاقرار فى كل واحد منها لم يحدث شيئا جديدا يجعل المقر موضع تهمة : فيكون نافذا بعد موت المقر بدون توقف على اجازة سائر الورثة .

(الأولى) إذا كان للوارث وديعة معلومة عند مورثه المريض، فأقر المريض بها نفذ اقراره لأنه لو لم يقر ومات مجهلا للوديعة كانت مضمونة فى تركته وكان الوارث أخذ مثلها أو قيمتها لأن الأمين يضمن بموته مجهلا، فالاقرار لم يحدث شيئا جديدا .

(الثانية) إذا كان الوارث عنده وديعة للمورث، فأقر المورث فى مرضه بأنه أخذها نفذ لأن الوارث أمين ولو قال رددتها له يصدق .

(الثالثة) إذا كان الوارث وكيلا عن المورث فى قبض ماله من الديون، فأقر المورث فى مرضه بأنه أخذ الديون من وكيله نفذ لأن الوكيل أمين ولو قال دفعت اليه ما قبضته يصدق .

ففى هذه المسائل الاقرار لم يحدث شيئا ، فعدم تنفيذه لا أثر له واذا يكون نافذا .

والمراد هنا بالوارث الذى لا ينفذ اقرار المريض له من قام به سبب الارث وقت الاقرار ولم يمنع من إرثه مانع وقت الموت ، كما اذا أقر لزوجته ومات وهى على عصمته ولم يمنعها من إرثها منه اختلاف دين أو أى مانع ، أو أقر لأخيه الشقيق ولم يوجد عند الموت من يحجبه من الميراث . وغير الوارث هو من فقد فيه الأمران بأن كان أجنبيا وقت الاقرار والموت، أو أحدهما بأن وجد فيه سبب الارث وقت الاقرار ولكن منع من إرثه مانع وقت الموت، أو ورث وقت الموت ولم يكن قام به سبب الارث وقت الاقرار. وهذا بخلاف الوارث فى باب الوصية فان الوارث هناك من ورث فعلا وقت موت الموصى، سواء قام به السبب وقت الوصية، أم لا . وغير الوارث من لا يرث فعلا وقت موت الموصى .

ديون الصحة وديون المرض — دين المرض هو الدين الذى ثبت على المريض باقراره فى مرضه بمعنى أنه لم يكن طريق لثبوته غير إقرار المريض به . أما الدين الذى يثبت على المريض بغير اقراره كأن يثبت بالبينة . والدين الذى يثبت على الصحيح ، سواء كان باقراره أو بالبينة فهو دين صحة . فالدين يعتبر دين مرض فى صورة ودين صحة فى ثلاث صور .

و بما أن المريض مرض الموت اذا كان مدينا يتعلق حق دائنيه بذمته و بأمواله فليس له أن يقضى دين بعض غرمائه دون بعض ، فان قضى دين بعض دائنيه كان لباقيهم حق الاعتراض لتعلق حقهم جميعا بماله . وهذا اذا كانت الديون كلها متساوية بأن كانت كلها ديون صحة أو كانت كلها ديون مرض . وأما اذا اختلفت بأن كان بعضها ديون صحة و بعضها ديون مرض فلا حق لدائن المرض فى الاعتراض على قضاء دين الصحة ، لأن ديون الصحة مقدمة فى الايفاء على ديون المرض . ولهذا اذا كانت تركة المريض بعد موته لا تفى بسداد جميع ديونه يبدأ بتسديد ديون الصحة ، فان وفت بها وفيت ، و إن لم تف بها قسمت بين دائنيها قسمة تناسبية . و إن وفت بها و بقى بعد ذلك الايفاء شىء يفى بديون المرض وفيت ، و إن لم يف قسم بين دائنيه قسمة تناسبية .

والعلة فى هذا أن دين المرض موضع اتهام فيقدم عليه دين الصحة الذى لا تهمة فيه . و إن الغرماء المتساوين فى ديونهم تتعلق بمال المريض حقوقهم على السواء . فلا ينفذ إيثار بعضهم بالإيفاء إلا برضا الباقين .

الهبـــة

تعريفهـا ــ الهبة فى اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له من مال وغيره . قال تعـالى ﴿ رَبِّ هَبْ لى حُكْمًا ﴾ وقال سـبحانه ﴿ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ . أو يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وإِنَاثًا . وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا ﴾ .

وفى اصـطلاح الفقهاء هى عقد يفيد تمليك العين فى الحال بغير عوض . فهى من عقود التمليك المجانى والملك وارد فيها قصدا على العين . ومنفعتها تملك تبعا لها . بخلاف الاعارة فانهـا تمليك فى الحال بغير عوض ولكن للمنفعة لا العين . وبخلاف الوصية فانهـا تمليك العين أو الدين أو المنفعة بغير عوض ولكن لا فى الحال بل فيما بعـد موت الموصى . وبخلاف البيـع والاجارة فان التمليـك للعين فى البيع وللمنفعة فى الاجارة ليس بالمجان وإنمـا هو فى مقابلة الثمن أو الأجرة .

ركنها ــ ركنها ركن كل عقد الإيجاب والقبول . فالايجاب ما صـدر أولا من احد العاقدين للدلالة على الرضا . والقبول ما صدر ثانيا من الآخر للدلالة على موافقته والرضا بمـا رضى به . وإيجاب الهبة قد يكون بلفظ صريح لا يحتمـل معنى غير الهبة كقول الواهب وهبتك . تبرعت لك . هـذا لك . وقد يكون بلفظ غير صريح يحتمل الهبة وغيرها مثل أطعمتك . نَحَلْتك . فاللفظ الصريح يتم به إيجاب الهبة بدون توقف على نية الواهب أو دلالة الحال . وغير الصريح لا يعتبر إيجابا للهبة إلا بالنية أو دلالة الحال ، وقبول الهبة قد يكون باللفظ كقول الموهوب له قبلت . رضيت . وقد يكون بالفعل وذلك بأن يقبض الموهوب له العين الموهوبة فيقوم قبضه مقـام قوله قبلت . غير أن هـذا القبض إن كان فى مجلس الايجاب تم به العقد والملك ولو لم يأذن به الواهب صراحة . وإن كان بعد مجلس الايجاب لا يعتبر قبولا إلا إذ أذن الواهب به صراحة . فاذا قال شخص لآخر وهبتك هـذا

الكتاب نخـذه فاذا تناوله الموهوب له تم العقد بتناوله وملكه ، سـواء كان التناول فى مجلس الايجاب أو بعده . واذا قال وهبتك هذا الكتاب ولم يقل نخذه فان تناوله فى مجلس الايجاب ملكه لأن سكوت الواهب اذن بالقبض دلالة . و إن تناوله بعد مجلس الايجاب لا يملكه لأنه قبض بغير اذن لا صراحة ولا دلالة فهو غير معتبر شرعا كما سيجىء .

وهل إيجاب الهبة مثل قبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل بمعنى أن المـالك اذا سلم شيئا من ملكه الى آخر أو أرسل اليه شيئا منه ودلت القرائن على أنه يتبرع له به ، هل يكون هذا الارسال أو الاعطاء أو التسليم هبة بالفعل كالهبة بقول وهبت؟ الذى يؤخذ من أقوال فقهائنا أنه يكون هبة . فقد نصوا على أن الأب إذا سـلم ابنته جهازها الذى جهـزها به من ماله ولم يصرح بأنه وهبه لهـا يعتبر هبة اذا كان العرف يشهد بأنه يوهب . ونصوا على أن الخاطب اذا أرسل الى مخطوبته حلية أو ثوبا ولم يصرح بأنه من مهرها أو هبة لها يعتبر هبة اذا كانت العادة إن مثل هـذا يوهب . ونصوا على أن الأب اذا أنفق على أولاده الأغنياء الذين لا تجب نفقتهم عليه يعتبر متبرعا ، فالذى يؤخذ من هـذا إن إيجاب الهبة كقبولها كما يكون بالقول يكون بالفعـل إذا دلت القرينـة على ارادة الهبة بهـذا الفعل . وهذا استحسان كما صرحوا فى البيع بأنه ينعقـد بالتعاطى . والقياس أن العقود إنمـا تكون باللفظ ولكن قد يقوم الفعل مقام اللفظ بدلالة الحال فيكون التسليم والتناول هبـة وقبضا كما يكون التعاطى بيعا .

وقد يقوم إيجاب الواهب مقام قبول الموهوب له وقبضه، فتتم به الهبة كما اذا وهب الأب لولده الصغير، أو وهب أى ولى لمن هو فى ولايته فان عبارة الولى بمنزلة إيجاب منه وقبول عن المولى عليه . ويده نائبة عن يده فايجابه هو فى المعنى إيجاب وقبول وقبض .

شـــروطها

(١) فى الواهب — يشترط فى الواهب شروط لصحة هبته . وشروط لنفاذها بدون توقف على إجازة أحد .

فيشترط لصحة هبته أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ . وأن يكون غير محجور عليه للسفه أو الغفلة . وأن يكون مختارا غير مكره .

فان كان فاقد الأهلية وهو المجنون والصغير غير المميز . أو ناقص الأهليـة وهو المعتوه المميز والصبى المميز . أو محجورا عليه للسفه أو الغفلة . أو مكرها . فهبة كل واحد منهم غير صحيحة لأنها صادرة من غير أهل لها . لأنهم فريقان فريق لا يتصور منه الرضا أصلا وهو فاقد الأهلية ، وفريق لا يتصور منه الرضا الصحيح الذى يعتبر شرعا رضا وهم الباقون . ولكون هبـة الواحد منهم غير صحيحة لا تلحقها إجازة الولى أو القيم . ولا تلحقها إجازة الواهب نفسه بعد كمال أهليته أو رفع الحجر أو الإكراه عنه ، لأن الإجازة لا تلحق غير الصحيح . فبطلان هبتهم بطلان جوهرى (١) .

ويشترط لنفاذ هبته أن يكون مع توافر شروط الصحة فيـه غير محجور عليـه للدين . وأن يكون صحيحا غير مريض مرض الموت . وأن يكون مالكا للعـين الموهـوبة .

فان كان محجورا عليه للدين فهبته صحيحة موقوفة على إجازة دائنية مادامت تضر بحقوقهم فان أجازوها نفذت وان لم يجيزوها بطلت . وان كان مريضا مرض الموت فهبته حكمها حكم الوصية ان كانت لأحد ورثته توقفت على إجازة سائر الورثة بعد موته أيا كان مقدار الموهوب . وان كانت لغير وارث نفذت فيما يخرج من ثلث تركته فقط وتوقفت فيما زاد عنه على إجازة الورثة بعـد موته . وان كان غير مالك

---

(١) قال صاحب البدائع فى كتاب الاكراه : "وأما النوع الذى يحتمل الفسخ ، فالبيع والشراء والهبة والاجارة ونحوها . فالاكراه موجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر : يوجب توقفها على الاجارة كبيع الفضولى . وعند الشافعى : يوجب بطلانها أصلا" . ثم قال : "المكره على الهبة والصدقة اذا سلم طائعا لا يجوز" .

لما وهب فهو فضولى وتصرف الفضولى يتوقف على إجازة المالك. ومن هذا هبة الرقيق لأنه غير مالك فتتوقف هبته على إجازة المالك .

(٢) فى الموهوب له — يشترط فى الموهوب له أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة له . وأن يكون معينا . فان كان غير موجود كما إذا قال الواهب وهبت دارى لابن فلان ولم يولد لفلان ابن فالهبة باطلة . وكذلك إن كان الموهوب له غير معين معلوم كما إذا قال الواهب وهبت دارى لفلان أو أخيه فالهبة باطلة، وذلك لأن الهبة تمليك العين فى الحال ولا تمليك إلا لموجود معلوم يتملك بنفسه أو بوليه والمعدوم والمجهول لا يتملكان بنفسهما ولا بوليهما، لأنه لا ولاية لأحد عليهما فلا يتحقق معنى الهبة إذا كان الموهوب له واحدا منهما ، وعلى هذا فالهبة للحمل غير صحيحة لأن الحمل غير موجود تحقيقا فلا يملك بنفسه، ولا ولاية لأحد عليه وهو حمل إذ الولاية عليه تبتدئ من حين ولادته . بخلاف الوصية للحمل فانها صحيحة ، وسبب التفريق بينهما أن الهبة تمليك محض فى الحال ولا تتم إلا بالقبض . والحمل ليس أهلا لأن يتملك فى الحال ولا أن يقبض لا بنفسه ولا بولى عليه. وأما الوصية فهى تمليك من وجه واستخلاف من وجه، ولذا قيل إنها أخت الميراث. ولا يشترط لتمامها القبض .

فمتى كان الموهوب له موجودا تحقيقا ومعلوما صحت الهبة له، غير أنه إن كان كامل الأهلية فهو الذى يقبل الهبة ويقبضها بنفسه أو بنائبه، وان كان فاقد الأهلية بأن كان مجنونا أو طفلا غير مميز فالذى يقبل الهبة له ويقبضها بنفسه أو بوكيله هو الولى المالى عليهما لأنهما ليسا أهلا للقبول والقبض . وان كان ناقص الأهلية وهو الصبى المميز والمعتوه المميز أو محجورا عليه لسفه أو غفلة فالذى يقبل الهبة ويقبضها هو الولى عليهم أو هم بأنفسهم لأن قبول الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا فيملكونها بأنفسهم .

(٣) فى صيغة الهبة — يشترط فى صيغة الهبة أن تكون منجزة. لا معلقة على شرط. ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأن معناها التمليك فى الحال. والتعليق يجعل التمليك عند وجود المعلق عليه لا فى الحال. وكذلك الاضافة تجعل التمليك حين حلول الزمن المضاف اليه . فلو قال الواهب وهبت لك كتابى هذا ان نجحت فى الامتحان فهى هبة باطلة ، وكذلك لو قال وهبت لك كتابى فى أول السنة المقبلة . إلا اذا كان التعليق صوريا بأن كان المعلق عليه محققا وقت التكلم كما إذا قال إن كان هذا الكتاب ملكى فقد وهبته لك وهو فى الواقع ملكه لأن هذه فى الحقيقة صيغة منجزة فى صورة معلقة . والأصل فى عقود التمليك التام أنها تفيد الملك فى الحال ولا تقبل توقيتا ولا تعليقا ولا الى اضافة الى مستقبل .

وأما اقترانها بالشرط — فاذا اقترنت الصيغة بشرط صحيح يلائم مقتضى العقد صحت الهبة والشرط كما إذا وهبه كتابا وشرط عليه أن يهديه هدية عينها . وأما إذا اقترنت بشرط لا يلائم مقتضى العقد فالهبة تصح والشرط يبطل كما إذا وهبه كتابا بشرط أن لا ينتفع به، أو بشرط أن لا يملكه ورثته من بعده .

والعُمْرى هى هبة مقرونة بشرط باطل ولذلك صحت و بطل الشرط . وصورتها أن يقول شخص لآخر وهبتك دارى مدة عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهى ردّ علىّ . أو وهبتـك دارى مدة عمرى أو حيـاتى فاذا مت أنا فهى رد على و رثتى، أو يقول أعمرتك دارى أو دارى لك عمرى فهذه هبـة مقرونة بشرط وهو تقييد الملك المقصود بها بوقت هو مدة عمر الواهب أو الموهوب له وهذا الشرط لا يلائم العقد لأن مقتضى عقود التمليك التام استفادة الملك مطلقا غير موقت. ولذلك صحت الهبة و بطل الشرط فتكون الدار للمُعْمَر له ولورثته من بعده .

وأما الرُّقْبى فهى هبة معلقة على شرط غير محقق فى الحال ولذلك كانت باطلة، وصورتها أن يقول شخص لآخر دارى لك رقبى ان مت قبلك فهى لك؛ وان مت قبلى فهى لى كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، فهذه هبة معلقة على موت

الواهب قبل الموهوب له فهى باطلة . وحينئذ لا تفيد الملك للموهوب له . ويظل الشيء المرقب على ملك مرقبه ولو رثته من بعده ويكون فى يد المُرقَب له عارية .

فى الشيء الموهوب — يشترط فى الشيء الذى يوهب شروط لصحة هبته، وشروط لنفاذها، وشروط لتمام ملكيته .

فيشترط لصحة هبته أن يكون وقت عقد الهبة مالا ، متقوما ، موجودا ، معلوما، مملوكا فى نفسه، سواء كان من العقارات أو المنقولات .

ويشترط فيه لنفاذها أن يكون وقت عقد الهبة مملوكا للواهب .

ويشترط فيه لتمام ملكيته أن يقبضه الموهوب له .

وهذا تفصيل الاجمال فى هذه الشروط .

١ — كونه مالا — فلو كان الشيء الموهوب ليست له قيمة مالية أصلا ولا يتمول كالميتة حتف أنفها والدم المسفوح ، فلا تصح هبته لأن الهبة تمليك ولا تمليك إلا لماله قيمة مالية يتملك .

٢ — كونه متقوما — فلو كان الشيء الموهوب غير متقوم فى حق العاقدين أو أحدهما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين، فلا تصح هبتهما لأنهما فى حق المسلمين غير محل للملك والتملك والهبة عقد تمليك .

٣ — كونه موجودا — فلو كان الشيء الموهوب معدوما وقت عقد الهبة فلا تصح الهبة لأنه لا محل للعقد ، فلو وهب إنسان لآخر فرسا ثم تبين أنها ماتت قبل العقد فالهبة باطلة . ولو وهب لانسان ما تثمره نخلته هذه السنة . أو ما تلده نعجته هذه المرة ، أو ما فى بطن بقرته من حمل ، أو ما فى ضرعها من لبن . فلا تصح الهبة فى هذا كله، لأن المعدوم فى الحال لا يتحقق فيه معنى الهبة وهو التمليك فى الحال. وكذلك لا تصح الهبة اذا كان الموهوب فى حكم المعدوم فلو وهب لانسان

ما فى هذا البر من دقيق، أو ما فى هذا اللبن من سمن، أو ما فى هـذا القصب من سكر؛ فلا تصح الهبة لأن عين الوهوب غير موجود بشخصه فهو فى حكم المعدوم.

٤ ــ كونه معلوما ــ علم الموهوب يتحقق بتعيين قـدره ، كما اذا قال : وهبت لك نصف منزلى ، أو بتعيين شخصه ، كما اذا قال: وهبتك كتابى هذا لأن الملكية لا ترد إلا على معلوم، فلو كان الشىء الموهوب مجهولا قدره وشخصه فلا تصح هبتـه ، كما اذا وهب انسان لآخر جزءا من داره ولم يبين قدره، أو وهب له أحد فرسيه ولم يعين أحدهما، أو شاة من غنمه ولم يبينها .

٥ ــ كونه مملوكا فى نفسه ــ والمراد بهذا كون الشىء الموهوب فى ذاته ممـا ترد عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد لأنه لو كان ممـا لا يتملك ولا يقبل التداول لايتحقق معنى الهبة فيـه، فلو كان الشىء الموهوب من المباحات : كالمـاء فى النهر، والسمك فى البحر، والطير فى الهواء . فلا تصح هبته لأن المباح وهو مباح لا ملكية لأحد له ولا يرد عليه التمليك . ومن هـذا لا تصح هبة المساجد والزوايا لأنها ببنائها مساجد أو زوايا خرجت عن ملك بانيها ولم تدخل فى ملك أحد فصارت غير مملوكة فى نفسها وغير قابلة للتداول .

وأساس هـذه الشروط الخمسة أن الهبة عقد تمليك فى الحال فلا بد أن يكون محل العقد وهو الشىء الموهوب ممـا يملك فى وقت وجود عقد الهبة وذلك بكونه وقت العقد مالا متقوما موجودا معلوما ممـا يملك ويملك .

كونه مملوكا للواهب ــ هذا شرط لنفاذ الهبة لا لصحتها ، فلو وهب الانسان ما هو مملوك لغيره فهو فضولى وهبته موقوفة على اجازة المـالك، فان أجازها المـالك وهو أهل لاجازتها بأن كان أهلا للتبرع نفذت، وان لم يجزها بطلت. وكذلك اذا كان المـالك غير أهل للاجازة. ولهذا بطلت هبة الولى المـالى أى شىء من مال

من له الولاية عليه، كهبة الأب أو الجدّ أو الوصى مال الصغير، لأن المالك هو الصغير وهو ليس أهلا للاجازة .

فيلاحظ الفرق بين اشتراط كون الموهوب مملوكا فى نفسه و بين اشتراط كونه مملوكا للواهب، فان الأول شرط صحة و يتفرع عليه أن هبة المباحات غير صحيحة . والثانى شرط نفاذ و يتفرع عليه أن هبة المملوك للغير صحيحة ولكنها موقوفة على أجازة المالك .

قبض الموهوب — قبض الشىء الموهوب ليس شرطا لانعقاد الهبة ولا لصحتها ولكنه شرط لانتقال الملكية من الواهب الى الموهوب له ، فبمجرّد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، واستيفاء الشروط التى بيناها فى العاقدين . وفى صيغة العقد . وفيما يوهب . ينعقد العقد و يصح . ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقارا أو منقولا . وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكا للواهب وأى تصرف له نافذ . ولا يتعلق بها حق للموهوب له . وعللوا ذلك بما ورد من الأثر " لا تجوز الهبة الا مقبوضة " و بأنه لو ثبت الملك فى الشىء الموهوب بمجرد الايجاب والقبول قبل القبض ثبت للموهوب له حق المطالبة بتسليمه فينقلب عقد الهبة من عقد تبرع الى عقد ضمان وفى هذا قلب للمشروع .

وانما يكون القبض معتبرا شرعا وتنتقل به الملكية بشرطين : (أحدهما) أن يكون القبض باذن الواهب . فان كان الاذن صراحة كما اذا قال الواهب للموهوب له . اقبض ما وهبت لك ، أو خذه ، أو تسلمه ، صح القبض فى مجلس العقد و بعده . وان كان الاذن دلالة كما اذا تناول الموهوب له العين الموهوبة على مرأى من الواهب وهو ساكت عن نهيه صح القبض فى مجلس العقد لا بعده . (وثانيهما) أن يتولى القبض الموهوب له إن كان مميزا ، أو وليه إن كان غير مميز ، أو زوج الصغيرة بعد زفافها اليه ، لأنه بعد الزفاف يعولها و يقوم على حفظها فيقبض ما يوهب لها .

وقد ينوب القبض القائم وقت الهبة عن تجديد قبض بعدها، فاذا أودع علىٌّ عند محمد وديعة، أو أعار له عارية، أو غصب محمد من علىّ عينا فقال علىّ: وهبت لك الوديعة، أو العارية، أو العين المغصوبة . وقال محمد : قبلت. فان محمدا يملك ما وهب له ممـا تحت يده من وديعة أو عارية أو غصب بمجرّد الإيجاب والقبول، وينوب قبضه القائم عن قبض يجدّده بعد الهبة .

والقبض نوعان : قبض كامل ، وقبض ناقص . فالقبض الكامل يتحقـق بحيازة العين الموهوبة مفرزة غير شائعـة فى غيرها ولا متصلة به، والقبض الناقص يتحقق بمجرّد التخلية بين الموهوب له والشىء الموهوب .

وفى بعض الهبات لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل. وفى بعضها قد يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل به الملكية، وهذا هو التفصيل :

هبة المفرز المنفصل عن غيره — فاذا كان الشىء الموهوب مفرزا ليس شائعا فى غيره ولا متصلا به كهبة دار محدودة ليست مشغولة بشىء للواهب. أو هبة خاتم معين أو كتاب معين، فلا تنتقل الملكية بالهبة فيه، إلا إذا قبضه الموهوب له قبضا كاملا بأن يتسلمه ويحوزه لنفسه .

هبـــة المشاع — وأما إذا كان الشىء الموهوب مشاعا فى غيره كهبة نصف هذا المنزل أو ربع هـذا الحمـام أو ثلث هذه الأرض الزراعية . فإن كان المشاع الموهوب بعضه يقبل القسمة كخمسين فدانا وهب خمسها أو منزل كبير وهب نصفه فانه لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض الكامل، أى بالقسمة وإفراز القدر الموهوب وتسليمه للموهوب له وحيـازته لنفسه . وإن كان المشاع الموهوب بعضه لا يقبل القسمة كفرس أو منزل صغير، فانه يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل الملكيـة فيه بقبض الموهوب على الشيوع . ووجه التفرقة بين الحالين إنه لمـا كان للمشاع يقبل القسمة كان القبض الكامل ممكنا بالإفراز والحيازة، فلا تنتقل الملكية إلا به. ولكن

لما كان المشاع لا يقبل القسمة كان القبض الكامل غير ممكن ، فاكتفى بالقبض الناقص الممكن وهو القبض على الشيوع، والأصل فى هذا أن النص شرط القبض. والقبض عند الإطلاق ينصرف إلى القبض الكامل، فحيث أمكن القبض الكامل لا تنتقل الملكية إلا به، وحيث لا يمكن يكتفى بالقبض الناقص .

والمراد بما يقبل القسمة ما يبقى منتفعا بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذى كان منتفعا به قبلها كعشرة أفدنة من خمسين فدانا، أو نصف منزل كبير يقبل أن يقسم منزلين . والمراد بما لا يقبل القسمة ما لا يبقى منتفعا به بعد القسمة الانتفاع الذى كان قبلها بأن كان لا يبقى منتفعا به أصلا، كحبة من اللؤلؤ لو قسمت لا ينتفع بها أو يبقى منتفعا به ولكن بغير الانتفاع الأول كبقرة أو منزل صغير .

ومن هـذا يتبين أن المشاع سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها تصح هبة جزء معين منه، وأن شيوع الموهوب فى غيره لا يبطل هبته غير أنه إن كان شائعا فيما يقبل القسمة لا يملك إلا بالقبض الكامل أى بالإفراز والحيازة، وإن كان شائعا فيما لا يقبل القسمة ملك بالقبض الناقص وهو قبضه على الشيوع .

هبة المتصل بغيره — إذا كان الشىء الموهوب متصلا بغيره فأما أن يكون اتصاله اتصال ملاصقة أو اتصال جوار . واتصال الملاصقة إما أن يكون خِلْفيا كاتصال الزرع بالأرض والثمر بالشجر أو صناعيا كاتصال البناء بالأرض. واتصال الجوار كاتصال الدار بالأثاث الموضوع فيها . واتصال الأثاث بالدار، والهبة مع هذا الاتصال بكل أنواعه صحيحة، ولا تنتقل الملكية بها إلا بالقبض، غير أنه فى اتصال الملاصقة بنوعيه الخلقى والصناعى وفى أحد نوعى اتصال الجوار هو ما اذا كان الموهوب مشـغولا بما اتصل به، لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل أى بفصل الموهوب مما اتصل به وتسليمه للموهوب له وحده . وأما فى النوع الآخر من اتصال الجوار وهو أن يكون الموهوب شاغلا لما اتصـل به فانه تنتقل الملكية بالقبض الناقص

أى بمجرد التخليـة بين الواهب والموهوب له . وعلى هـذا لو وهب ما فى الأرض من زرع . أو وهب الأرض بدون زرعها . أو البناء القائم على الأرض . أو الأرض المقام عليها البناء بدونه . أو الدار المشغولة بأثاثه أو المكتبة المشغولة بكتبه ، ففى كل هذا لا يملك الموهوب إلا بفصله مما اتصل به وقبضه وحده . ولو وهب ما فى داره من أثاث أو فى مكتبته من كتب ملك الموهوب له الموهوب بمجرد التخلية بينه و بينه .

الهبة بشرط العوض — إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يعطيه عوضا عن هبته صح ذلك . ولا يقال أن هذا ينافى كون الهبة تمليكا بغير عوض لأن معنى كونها بغير عوض أنه ليس شرطا فى تحققها وجود العوض كالبيع . وهذا لا ينافى أنها فى بعض جزئياتها يشرط فيها العوض . فاذا وهب واحد لآخر كتابا على أن يهديه كتابا صحت الهبة والشرط وتكون هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء فيشترط فيها ما يشترط فى الهبـة ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض ، واذا تمت روعى فيها أحكام البيع فيملك كل منهما ما أخذه ملكا لازما . وهذا هو مذهب الحنفية . وأما غيرهم فقالوا أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء فيراعى فيها أحكام البيع من حين العقد لأن العبرة للمعانى لا الألفاظ .

حكم الهبة — اذا تمت الهبة مستوفية أركانها وشروطها وقبض الموهوب له العين الموهوبة ترتب عليها حكمها وهو تملك الموهوب له للعين الموهوبة ولكنه ملك غير لازم[1] ، لأن الواهب له أن يرجع فى هبته و يعيد الى ملكه ماوهبه ما لم يمنع من رجوعه أحد الموانع السبعة الآتية :

أما السبب فى أن الواهب له حق الرجوع فلأنه قد يكون أخرج العـين من ملكه بغير عوض رغبة فى أن يحقق له غرض من الأغراض الدنيوية فاذا لم يحقق

(١) الهبة اذا كانت لفقير محتاج أو لجهة من جهات البر تسمى صدقة و يتم الملك فيها بالقبض ، ولا يصح الرجوع فيها لأن المقصود منها اذن مثوبة الله ، ولا يصح الرجوع عن قصد الثواب من الله . بخلاف ما اذا كانت غير صدقة فان الواهب قد يكون قصده منها منفعة شخصية خاصة فاذا فات قصده كان له الرجوع فى هبته .

له هـذا الغرض كان غير راض بالتمليك فيرجع فيـه لأن أساس التمليكات الرضا : — وهذا الحكم وتعليله موضع نظر لأن العبرة فى كل عقود التمليكات الرضا وقت العقد وقد اعتبر صدور الايجاب منـه اختيارا دليلا على الرضا من غير نظر الى ما تنطوى عليـه نفسه . فمتى قال الواهب المستوفى الشروط وهبت اعتبر راضيا باخراج العين الموهوبة من ملكه بغير عوض، ولا عبرة بما ينويه ولا بمـا يطرأ بعد ذلك . ولهذا كان الرجوع فى الهبة من وجهة الدين والخلق رزيلة تأباها المروءة وكرم الخلق . لأن فيه تغريرا بالموهوب له ، ونقضا لالتزام تم من الواهب . ولذا قال الشافعى : لا يجوز للواهب أن يرجع فى هبته إلا فيما يهب الوالد لولده — .

وأما الموانع السبعة التى تمنع الواهب أن يرجع فى هبته فهى المرموز لها بحروف « دمع خزقة » وهى :

(١) الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة فمن وهبت له دابة فسمنت ونمت عنـده ، أو وهبت له قطعة أرض فبناها منزلا . أو وهب له منزل ذو طبقتين فبنى عليهما ثالثة ، فليس للواهب أن يرجع فى هبته لأن الزيادة التى تولدت من الأصل كسمن الدابة أصبحت ملك الموهوب له لأنها نماء ملكه . والزيادة التى زادها الموهوب له كالبناء . هى ملكه أيضا والواهب ليس له الرجوع إلا فى ملكه خاصة وهو الأصل . وفصل الأصل من الزيادة قد يتعذر كما فى سمن الدابة أو يضر الموهوب له كما فى البناء . وإذا فرجوع الواهب فيما وهب مع طروء هذه الزيادة المتصلة بنوعيه إما متعذر و إما مضر بالموهوب له ، فلهذا امتنع رجوعه فى هذه الحال إلا إذا زالت الزيادة فيزول المـانع ويعود له حق الرجوع . ومن هذا التعليل يفهم أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع . كما إذا وهب له فرس فأسرجه .

(٢) موت أحد العاقدين الواهب أو الموهوب له فاذا مات الواهب فليس لورثته الرجوع فى الهبة لأن الرجوع حق شخصى للواهب مبنى على غرضه وقصده من الهبة فما دام لم يظهر له غرض آخر حتى مات اعتبر راضيا تمام الرضا بما وهب .

وإذا مات الموهوب له انتقل الملك فى العين الموهوبة إلى ورثتـــه وليس للواهب الرجوع عليهم لأنهم لم يتلقوا الملك منه بل من مورّثهم .

(٣) العوض فاذا كانت الهبة بشرط عوض أدّاه الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن هذه فى الحقيقة بيع لا هبة . وكذلك إذا لم تكن الهبة بشرط العوض ولكن الموهوب له من تلقاء نفسه وبدون اشتراط عليه بعـد أن تمت الهبـة أعطى الواهب شيئا من ماله فأخذه. فسواء كان العوض مشروطا أو غير مشروط فهو مانع من الرجوع لحديث " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها" أى ما لم يعوض عنها .

(٤) خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأى سبب كالهبة والبيع والوقف لأن الموهوب له تصرف فى ملكه التصرف الجائزله والواهب ليس له نقض هذا التصرف ولا الرجوع إلا على الموهوب له . وملكه الآن لغير الموهوب له .

(٥) الزوجية. فاذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئا فليس له الرجوع فى هبته لأن هـذه الهبة فى معنى الصلة للعلاقة الزوجية وفى الرجوع قطع لهـذه الصلة . والعبرة أن تكون الزوجية قائمة وقت الهبة، فلو وهب لأجنبية ثم تزوّجهـا كان له الرجوع. لأن الزوجية وقت الهبة لم تكن قائمة. ولو وهب لزوجته ثم أبانها لم يكن له الرجوع لأن الزوجية وقت الهبة كانت قائمة .

(٦) القرابة المحرمية، فمن وهب لذى رحم محرم منه فليس له الرجوع حتى لا يكون بهذا الرجوع قاطعا لمن وصله من ذوى رحمه المحارم .

(٧) هلاك العين الموهوبة فى يد الموهوب له لأن ملك الواهب زال بالهلاك وهو انمـا يرجع فى ملكه ولا يضمن الموهوب له مثلها أو قيمتها لأنها هلكت وهى على ملك الموهوب له والمرء لا يضمن ملك نفسه عند هلاكه .

المحاكم المختصة بقضايا الهبة — قضايا الهبة والوصية تتنازع اختصاصها فى مصر . المحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية .ومنشأ هـذا النزاع أن المـادة ١٦ من

لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى أمور منهـا مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية، فعلى هـذا النص تستند المحاكم الشرعية فى أن قضايا الهبة من اختصاصها ، ولكن رئى أن القانون المدنى نص على بعض أحكام الهبـة فى مواده وهذا يقتضى أن للمحاكم الأهلية اختصاصا فى قضايا الهبة تطبق فيه تلك النصوص .

لهذا جرى عمل كثير من المحاكم على توزيع الاختصاص والتفريق بين القضايا المتعلقة بأصل الهبة والقضايا المتعلقة بغير أصلها للتوفيق بين هذه النصوص .

فاذا كان موضوع النزاع انعقاد الهبة وصحتها ونفاذها وأهلية الواهب وغير ذلك مما يرجع إلى أركان الهبة وشروطها فالمختص بنظره المحاكم الشرعية . وأما إذا كان موضوع النزاع الاجراءات الشكلية والتسـليم وغير ذلك ممـا يتفرّع من المنازعات فالمختص بنظره المحاكم الأهلية .

ولكون الهبة اعتبرت من الأحوال الشخصية من جهة أن الواهب فى الغالب ينـوى بهبته التصدّق والقربة ، فالمرجع فى أحكامها إلى الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليـه القانون المدنى . فالمختص بقضاياها نوعان من المحـاكم ومرجع القضاء الأهلى فى أحكامها إلى مصدرين : الشريعة الاسلامية والقانون المدنى .

الوصـــــية

تعريفهـا ــ الوصية شرعا عقد يفيد تمليك عين أو دين أو منفعة بلا عوض مليكا مضافا إلى ما بعـد موت الموصى . فهى كالهبة فى أنها من عقود التمليك بغير عوض . ولكنها تخالف الهبة من وجهين : (أولهما) أن التمليـك يستفاد بالهبـة فى الحال ، وأما التمليـك المستفاد بالوصية فلا يكون إلا بعد موت الموصى . (وثانيهما) أن الوصية تكون بالعين و بالدين و بالمنفعة . والهبة لا تكون إلا بالعين . وأما هبة الدين لمن عليه الدين فهى ابراء . وتمليك المنفعة فى الحال بلا عوض فهو إعارة .

ركنها ــ ركنها الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له . فالايجاب من الموصى يكون بكل لفظ يصـدر منه يدل على التمليك المضاف إلى ما بعد موته بغير عوض ، مثل أوصيت لفلان بدارى أو بسكناها أو بما لى على فلان من دين . أو وهبت له ذلك بعد موتى أو ملكته بعدى . والقبول يكون من الموصى له بعد موت الموصى لأنه ما دام التمليك مسندا الى ما بعد الموت فيكون ما بعد الموت هو وقت قبوله ، وأما فى حياة الموصى فلا تمليك فلا عبرة بالقبول أو الرد حال حياته[1] .

واذا صدر الايجاب من الموصى لا يكون ملزما له ، بل يكون له حق الرجوع عنـه ما دام حيا ، لأن الموجب له حق الرجوع عن ايجابه قبـل القبول فى عقود المعاوضات ، فبالأولى يكون له هذا الحق فى عقود التبرعات .

وعلى هذا يجوز للموصى أن يرجع عن وصيته ما دام حيا . وهذا الرجوع كما يكون صراحة بالقول ، مثل أن يقول عدلت عن وصيتى أو أبطلتها أو رجعت فيها ، يكون

---

(١) قال صاحب البدائع " واذا ثبت أن القبول ركن فى عقـد الوصية فوقت القبول ما بعد موت الموصى . ولا حكم للقبول والرد قبل موته . حتى لو رد قبـل الموت ثم قبل بعده صح قبوله . لأن الوصية ايجاب الملك بعد الموت . والقبول أو الرد جواب . فيكون بعد ايجاب الملك " .

دلالة بالفعل، مثل أن يعمد الموصى الى الشيء الموصى به فيتصرف فيه تصرفا يخرجه عن ملكه كأن يبيعه أو يهبه . أو تصرفا يغيره ويجعله شيئا آخر كأن يبنى على قطعة الأرض الموصى بها منزلا، أو يخلط الشيء الموصى به بشيء آخر من ملكه بحيث لا يمكن تمييزه أصلا أو لا يمكن إلا بعسر، كأن يخلط أردب القمح الموصى به بأردب آخر من نوعه أو بأردب من شعير . أو يزيد فى الشيء الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، كأن يوصى بدار من طبقتين ثم يبنى عليهما طبقة ثالثة .

فاذا رجع الموصى عن وصيته صراحة أو دلالة بطل ايجابه وليس للموصى له أن يبنى عليه قبولا . كما يبطل الايجاب بجنون الموصى جنونا مطبقا لأنه لا بد لصحته من بقاء الموجب على أهليته الى وقت موته ، وكما يبطل الايجاب بهلاك الموصى به اذا كان عينا مشارا اليها لفوات محل العقد .

وأما إذا لم يرجع الموصى عن وصيته لا بقول ولا بفعل، بل بقى مصرا عليها حتى مات، فان للموصى له الحق فى أن يقبلها وأن يردّها . فان ردّها بطلت الوصية وبقى الموصى به على ملك ورثة الموصى . وان قبلها تمت الوصية وملك الموصى به سواء كان عينا أو منفعة ملكا لازما ليس لأحد حق نقضه . وإن سكت الموصى له فلم يقبل ولم يرد إلى أن مات اعتبر قابلا وتمت الوصية وملك ورثته العين الموصى بها إلى مورثهم .

ومن هذا يؤخذ أن تمام عقد الوصية من جانب الموصى بأن يصدر منه ايجاب الوصية ويستمر على أهليته وايجابه من غير رجوع عنه بقول أو فعل حتى يموت . ومن جانب الموصى له بأن يقبلها بعد موت الموصى . أو يسكت عن الرد والقبول حتى يموت . فان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له بأن يقع اليأس عن رده بموته .

وهذا إذا كان الموصى له معينا بالشخص حتى يتأتى منه القبول أو الرد . أما إذا كان غير معين بالشخص كمن أوصى لفقراء بلده ، أو فى أى سبيل للخير .

فهذه الوصية فى الحقيقة صدقة تتم بالايجاب وحده من الموصى . لأن قصد الموصى بالوصية للفقراء أو فى وجه من وجوه الخير التقرب الى الله بإخراج ماله إليه سبحانه لا التمليك لأحد .

شـــروطهـا

(١) فى الموصى — يشـترط لصحة الوصـية أن يكون الموصى أهلا للتبرع بأن يكون كامل الأهلية بالعقـل والبلوغ والحـرية . وأن يكون مختارا غير مكره . وغير محجور عليه لسفه أو غفلة ،لأن التبرعات من غير هؤلاء باطلة لا تقبل الاجازة كما بينا فى الهبة . وتستثنى من هذا جزئيتان :

(الأولى) تصح وصـية الصغير المميز الخاصة بأمر تجهـيزه ودفنه ما دامت فى حدود المصلحة لأنها من حاجاته بعد موته .

(الثانيـة) تصح وصـية المحجور عليه للسفه فى وجه من وجوه الخـير كبناء مستشفى . أو تعليم فقراء . وان كان له وارث وأجازها نفذت من كل ماله ، وكذا إذا لم يكن له وارث أصلا . وأما إن كانت له ورثة ولم يجيزوا هذه الوصية فإنها تنفذ من ثلث ماله فقط . والسبب فى صحة وصيته فى سبل الخير أن الحجر على السفيه إنما هو للمحافظة على ماله فى حياته حتى لا يصرفه فى غير مصلحة ولا يعيش عالة على غيره وهو بالوصية لا يخرج شيئا عن ملكه حال حياته ، بل يخرجها بعد مماته إلى وجوه البر التى يكون فى أشـد الحاجة إلى المثوبة عليها لا إلى المـال . ولهذا السبب صح وقف المحجور عليه للسفه إذا وقف على نفسـه ثم على جهة عينها لأن الحجر إنما هو للمحافظة على أمواله ووقفه بهـذه الطريقة يحقق هـذه المحافظة لأنه يمنع العين من التصرف فيها بأى تصرف ناقل للملكية ويضمن ريعها لنفسه ما دام حيا .

(٢) فى الموصى له — إذا كان الموصى له معينا يشترط لصحة الوصية له أن يكون موجودا وقت الوصـية تحقيقا أو تقـديرا، فاذا قال الموصى أوصيت

بدارى لفلان وكان فلان موجودا وقت إيجاب الوصية صحت الوصية له، بحيث إذا مات الموصى مصرا عليها ولم يردّها فلان بعد موته ملك الدار الموصى له بها . وأما إذا كان فلان ميتا وقت إيجاب الوصية له فلا تصح الوصية .

وكذلك إذا قال الموصى أوصيت لحمل فلانة وكان الحمل موجودا فى بطنها وقت إيجاب الوصية له صحت الوصية ، بحيث إذا مات الموصى مصرا على وصيته ملك الحمل ما أوصى له به . وقدّمنا فى الهبة وجه التفريق بين الهبة للحمل والوصية للحمل .

وأما إذا لم يكن الموصى له معينا بالشخص فيشترط أن يكون موجودا وقت موت الموصى تحقيقا أو تقديرا، ولا يشترط وجوده وقت الوصية . فاذا قال الموصى أوصيت بدارى لأولاد أخى علىٍّ ولم يعين هؤلاء الأولاد ومات مصرا على وصيته ملك الدار من يكونون موجودين من أولاد على وقت موت الموصى، سواء منهم الموجود تحقيقا أو تقديرا كالحمل، ولو لم يكونوا موجودين وقت إيجاب الوصية .

والتحقق من وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصى يكون بولادته حال قيام زوجية الحامل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو من وقت موت الموصى . وإذا كانت الحامل الموصى لحملها معتدة من طلاق بائن أو وفاة فالتحقق من وجوده بولادته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة، لأنه ما دام الشارع حكم بثبوت نسبه فقد حكم بوجوده وقت الوصية له .

ويشترط فى الموصى له انفاذ الوصية له أن يكون غير وارث للموصى . وأما إذا كان أحد ورثته فيتوقف نفاذ الوصية له على اجازة باقى الورثة .

والمراد بالوارث هنا من يرث الموصى فعلا بعد وفاته ولو لم يقم به سبب الارث وقت الوصية . وغير الوارث هو من لم يرث فعلا وقت موت الموصى ولو كان من الورثة وقت الوصية . فاذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهى على

عصمته فهى وارثة لا تنفذ الوصية لها إلا بأجازة سائر الورثة . ولو أوصى لزوجته، ثم طلقها وانقضت عدّتها ومات وهى ليست على عصمته فهى أجنبية والوصية لها نافذة . وهذا خلاف المراد بالوارث وغير الوارث فى اقرار المريض .

ويشترط فى الموصى له لنفاذ الوصية له أن لا يقتل الموصى قتلا محرما مباشرا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » فإذا قتل الموصى له الموصى لا تنفذ الوصية له إلا بأجازة الورثة[1]، بشرط أن يكون قتلا مباشرا ومحرما، سواء كان عمدا أو شبه عمد أو خطأ أو جاريا مجرى الخطأ . وأما القتل بالتسبب ، كما إذا حفر الموصى له بئرا فى طريق عام فتردّى فيها الموصى . والقتل دفاعا عن النفس . والقتل من فاقد الأهليـة أو ناقصها كالمجنون والصبى والمعتوه فلا يمنع نفاذ الوصية[2] .

ويشترط أيضـا فى الموصى له أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها لأنه معها لا يمكن تسليم الموصى به، ولا تنفيذ الوصية، بأن يكون معينا بالشخص مثل أوصيت لفلان، أو بالنوع، مثل أوصيت لفقراء بلدى . أو لطلبة العلم بمعهد كذا، ولا يشترط أن يتحد الموصى له فى الدين مع الموصى فتصح وصية المسلم للمسلم ولغيره ما لم يكن حربيا . ولا يشترط أن يكون الموصى له من أهل التملك فتصح الوصية للملاجئ والمساجد والمدارس وسبل الخير والنفع وتكون الوصية فى هذه الحال صدقة تتم بايجاب الموصى وحده لأن القصد منها إخراج الملك الى وجه الله لا تمليك أحد كما تقـــدّم .

---

(١) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وهو مبنى على أن حرمان القاتل من الوصية هو لحق الورثة . وقال أبو يوسف : القاتل تبطل الوصـية له ولا تلحقها أجازة الورثة، لأن من تعجل بالشىء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فكما لا إرث لقاتل لا وصية لقاتل . وقول أبى يوسف : هو المعقول . وعلى قوله يكون هذا الشرط شرط صحة لا شرط نفاذ كقولهما .

(٢) القتل أنواع خمسة : عمد، وشبه عمد، وخطأ، وجار مجرى الخطأ، وقتل بالتسبب . فالنوع الخامس لا يمنع من نفاذ الوصية كما لايمنع من الميراث . والأنواع الأربعة الأولى تمنع من نفاذ الوصـية كما تمنع من الميراث بشرط أن يكون القاتل عاقلا بالغا ليس مدافعا عن نفسه ولا منفذا حدا أو قصاصا .

(٣) فى الموصى به — يشترط فى الموصى به أن يكون بعد موت الموصى قابلا للتمليك بأى سبب من أسباب الملك ، فتصح الوصية بكل مال متقوم من الأعيان ، لأنها تملك بالبيع أو الهبة . ومن المنافع لأنها تملك بالإجارة أو الإعارة ، وتصح الوصية بما يثمره شجره لأنه يملك بعقد المساقاة . و بما فى بطن بقرته أو نعجته لأنه يملك بالارث ، فما دام وجوده محققا وقت موت الموصى استحقه الموصى له ، وتصح الوصية بالدين لأنها فى الحقيقة وصية بالعين التى تقتضى من المدين سدادا للدين .

ولا تصح بما ليس مالا كالميتة . وما ليس متقوما فى حق العاقدين أو أحدهما ، كالخمر للمسلمين ، ولا بمعدوم لا يقبل التمليك بأى عقد وقت الوصية ، كالوصية بما ستلده غنمه .

وكما يصح أن يكون الموصى به معلوما ، كما إذا أوصى الموصى لفلان بألف جنيه أو أوصى له بثلث تركته يصح أن يكون مجهولا ، كما إذا أوصى لفلان بجزء من ماله ويكون بيان هذا الجزء حقا للورثة بعد موت الموصى .

نفاذ الوصية — إذا استوفت الوصية شروطها ومات الموصى مصرا عليها ، فنفاذها يختلف باختلاف حال الموصِى ، والموصَى به ، والموصَى له .

فان كان الموصى وقت الوصية مدينا بدين مستغرق تركته ومات على ذلك فلا تنفذ وصيته فى قليل من ماله ولا كثير ، لا لوارث ولا لأجنبى ، إلا إذا أجازها الدائنون وذلك لأن حق الدائن مقدّم على حق الموصى له والوارث ، فما دامت التركة مستغرقة بالدين فالحق فيها للغرماء . لأنه لاوصية إلا بعد سداد الدين ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين وتنفيذ الوصية الجائزة .

و إن كان الموصى مدينا بدين غير مستغرق تركته ومات على ذلك فما يعادل الدين من تركته فهو متعلق به حق الدائنين ، فلا تنفذ وصيته فيه إلا باجازتهم .

وما زاد يعتبر كأنه تركة مستقلة خاليــة من الدين فتسرى فى تنفيــذ الوصية فيــه الأحكام الآتية :

وإن كان الموصى غير مدين وليس له وارث نفذت وصيته مطلقا ، سواء كان الموصى به قليلا أو كثيرا ، ولو استغرق جميع تركته ، لأنه ما دام لم يتعلق بالتركة حق لدائن ولا لوارث فوصية الموصى نافذة ، وليس لأحد الاعتراض على نفاذها ، وليس لبيت المــال اعتراض عليها لأن مرتبته فى الاستحقاق بعد الموصى له . وعلى هــذا إذا أوصى شخص لأحد أو لجهــة بر بكل ماله ومات ، وليس عليه دين ، وليس له وارث استحق الموصى له كل تركته . وإذا أوصى أحد الزوجين للآخر بكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث آخر استحق الموصى له كل تركته .

وإن كان الموصى غير مدين . وله ورثة ، فان كانت وصيته لوارث فلا تنفذ إلا بأجازة سائر الورثة ، سواء كان الموصى به قليلا أو كثير ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث"(١) . ولأن فى ايثار بعض الورثة على بعض بطريق الوصية إيغارا للصــدور وتوليدا للاحقاد وقطيعة للرحم . ولكن إذا أجاز الورثة أو بعضهم الوصية لأحدهم نفذت فى حق من أجازوا لأنهم تنازلوا عن حقهم .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة ووصــيته لأجنبى ، فان كان الموصى به لا يتجاوز ثلث تركته نفذت الوصية بدون توقف على اجازة أحد . وان تجاوز الموصى به ثلث تركته نفذت فى الثلث فقط وتوقف نفاذها فيما زاد عنه على اجازة الورثة ،

---

(١) وأما قوله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الموتُ إنْ تَرَكَ خَيْرًا الوَصِيَّةُ للوالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بالمعروف حقا على المُتَّقين) فالمراد بها والله أعلم بمراده الوصية للوالدين اللذين يمنع من إرثهما شرعا مانع كاختلاف الدين مثلا . والأقربين الذين لا يرثون كالعمة الشقيقة مع العم الشقيق ، وبنت الأخ الشقيق مع ابنه ، وكل قريب ليس له فى الإرث نصيب . فالله شرع الوصية لتدارك ما فات فى الإرث .

فان أجازوا نفذت فيه أيضا، و إن ردوا بطلت فيه ولم يكن للموصى له غير الثلث . و إن أجازها بعضهم وردّها بعضهم نفذت فى حق الذى أجاز و بطلت فى حق من لم يجز . فلو أوصى رجل لأجنبي بنصف ماله ومات وله ابنان، فان أجاز الابنان الوصية استحق الموصى له نصف التركة، وورث الابنان النصف الباقى لكل منهما الربع . و إن لم يجز الابنان الوصية استحق الموصى له ثلث التركة، وورث الابنان الثلثين الباقيين لكل منهما الثلث . و إن أجازها أحدهما ولم يجزها الآخر استحق من أجاز ربع التركة، كما لو أجازا معا، واستحق من لم يجز ثلث التركة، كما لو لم يجيزا معا، والباقى يكون للموصى له . فللمجيز ربع . ولغير المجيز ثلث . وللموصى له الباقى $\frac{5}{12}$.

ولو مات الموصى عن ورثة هم أمه . وأخته الشقيقة . وأختاه لأمه، وقد أوصى لأجنبي غير وارث له بنصف تركته، وكان مقدار تركته ٧٢ فدانا .

فاذا أجاز ورثته كلهم وصيته أخذ الموصى له $\frac{1}{2}$ تركته ٣٦ فدانا . وأخذ ورثته فروضهم من نصفها الباقى، فللأم $\frac{1}{6}$ النصف ٦ فدادين . وللأخت الشقيقة $\frac{1}{2}$ النصف ١٨ فدانا . وللأختين لأم $\frac{1}{3}$ النصف ١٢ فدانا .

واذا لم يجز ورثته وصيته أخذ الموصى له $\frac{1}{3}$ تركته ٢٤ فدانا . وأخذ ورثته فروضهم من الثلثين الباقيين، فللأم $\frac{1}{6}$ الثلثين ٨ فدادين، وللأخت الشقيقة $\frac{1}{2}$ الثلثين ٢٤ فدانا . وللأختين لأم $\frac{1}{3}$ الثلثين ١٦ فدانا .

واذا أجاز الوصية بعضهم ولم يجزها الآخر أخذ الموصى له $\frac{1}{3}$ التركة، وأخذ معه ما استفاده من اجازة المجيز، وهو الفرق بين نصيبه فى حال عدم الاجازة وفى حال الاجازة . ففى هذا المثال ان كان المجيز الأم فقط أخذ الثلث ٢٤ فدانا + ٢ فدانان . وان كان المجيز الأخت الشقيقة فقط أخذ ٢٤ فدانا + ٦ فدادين . وان كان المجيز الأختين لأم فقط أخذ ٢٤ فدانا + ٤ فدادين . وهكذا اذا كان المجيز اثنين منهم .

فمتى عرف نصيب الموصى له ، وكل وارث عند عدم اجازتهم جميعا . ونصيب الموصى له ، وكل وارث عند اجازتهم جميعا . يسهل معـرفة نصيب الموصى له ، وكل وارث عند اجازة بعضهم وعدم اجازة بعضهم .

وانمـا نفذت الوصية للأجنبي فى الثلث فقط وتوقفت فيما زاد على اجازة الورثة لحديث سعد بن أبي وقاص حيث كان مريضا فعاده الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسـول الله ! أأوصى بكل مالى ؟ قال : لا . قال : أأوصى بالثلثين ؟ قال : لا . قال : أ أوصى بالنصف ؟ قال : لا . قال : أ أوصى بالثلث ؟ فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وكل موضع توقف نفاذ الوصية فيه على أجازة الورثة لا تكون هـذه الاجازة صحيحة يترتب عليها أثرها ، وهو نفاذ الوصـية إلا بشرطين : (الأول) أن تكون الاجازة بعد موت الموصى لأنه قبل موته لم يثبت للمجيز حق فلا اعتبار لأجازته . وعلى هذا لو أجاز بعض الورثة الوصية فى حياة الموصى ثم ردّها بعد موته ، فالعبرة لردّه ولا اعتبار لأجازته ، (والثانى) أن يكون المجيز وقت أجازته من أهل التبرع بأن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه لسـفه أو غفلة لأن أجازته فى حكم التبرع منه والتنازل عن حقه .

المـال الذى تنفذ فيه الوصية ــ إذا كانت الوصية بمال غير معين بالشخص بأن أوصى الموصى بثلث ماله أو ربعه مثلا استحق الموصى له ثلث أو ربع مال الموصى الموجود عند وفاته ، سواء كان له هذا المال وقت الوصية أو لا ، لأن التمليك فى الوصية مضاف الى ما بعد الموت ، فيتعلق بالمـال الموجود وقت التمليك والتملك . واذا كانت الوصية بمعين بالذات بأن أوصى الموصى بهذا المنزل أو هذه المكتبة استحق الموصى له عين الموصى به ، بحيث لو هدم المنزل أو حرقت المكتبة فى حياة الموصى بطلت الوصية لفوات محلها .

الوصية بالمنفعة — تبين من تعريف الوصية أنها كما تكون بالعين تكون بالدين و بالمنفعة ، والوصية بالمنفعة تارة تكون بأن ينتفع الموصى له بنفسه بالعين الموصى بها، كما إذا أوصى له بسكنى داره، أو بركوب فرسه، أو بالقراءة فى كتبه. وتارة تكون بأن ينتفع الموصى له بغلة العين الموصى بها، كما إذا أوصى بأن يستغل الموصى له داره أو أرضه أو أى عين يملكها .

والشرط لنفاد الوصية بالمنفعة هو الشرط لنفاد الوصية بالعين، فان كان الموصى له بالمنفعة وارثا توقف نفاذ الوصية له على اجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها . وإن كان غير وارث نفذت الوصية له بالمنفعة إذا كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها لا تتجاوز ثلث التركة . فان تجاوزت الثلث توقفت فيما زاد عن الثلث على أجازة الورثة، وذلك لأن الوصية لغير الورثة بمنفعة عين من الأعيان تحول بين الورثة و بين الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها . ولا يجوز للموصى أن يعطل انتفاعهم بأكثر من ثلث ماله إلا بأجازتهم .

وهنا فى الوصية بالمنفعة بحثان : (الأول) ما الذى يملكه الموصى له بالمنفعة من ضروب الانتفاع . (والثانى) ما أمد هذا الانتفاع .

أما الأول فاذا نص الموصى فى وصيته على أن للموصى له الحق فى أن ينتفع بالعين الموصى بها بنفسه . وأن يستغلها كان له الانتفاع والاستغلال، فان شاء سكن المنزل، و إن شاء أجره وانتفع بأجرته .

واذا نص على أن له السكنى فقط لم يكن له الاستغلال عملا بنص الموصى فله أن يسكن المنزل وليس له أن يؤجره .

وإذا نص على أن له الاستغلال فقط . قيل ليس له الانتفاع بنفسه لأن الموصى ملكه أن ينتفع على وجه خاص فليس له غيره . وقيل له الانتفاع بنفسه أيضا لأن

تمليك الانسان المنفعة لغيره فرع عن ملكيته لهـا، إذ لو لم يملكها بنفسه ما أمكنه أن يملكها غيره. وهذا الرأى الثانى هو الراجح .

ومذهب الامام أحمد أن من أوصى له بالانتفاع ملك الاستغلال، ومن أوصى له بالاستغلال ملك الانتفاع . وهذا مذهب معقول المعنى، لأن الموصى ما أراد بوصيته إلا نفع الموصى له . وقد يتعذر على الموصى له أن ينتفع بنفسه لبعـد الدار الموصى بها عن محل إقامته أو ضيقها عن حاجته أو لأى سبب، فاذا لم يكن له الاستغلال بقيت الدار فى مثل هذه الحالات معطلة وضاع غرض الموصى من نفع الموصى له . وهذا الخلاف جار أيضا فيمن وقف دارا على فلان ليسكنها[1] .

وأما الثانى فاذا أطلق الموصى بالمنفعة وصيته أو نص على الأبد ، كما اذا قال أوصيت لفلان بسكنى منزلى أو بسكنى منزلى أبدا، كان للموصى له الانتفاع مادام حيا ، فاذا مات ترد العين الموصى بمنفعتها الى ورثة الموصى . وإذا حدّد مدّة كان للموصى له الانتفاع فى المدّة المحدّدة فقط . فاذا قال أوصيت لفلان بسكنى دارى أو محصول أرضى سنة، فله ذلك بعد موت الموصى سنة فقط . واذا قال أوصيت لفلان بسكنى دارى السنة الثالثة بعـد مماتى فله السكنى تلك السنة ، وبعـد المدّة المحـدّدة تعود العين الى ورثة الموصى . فالوصـية بالمنفعة ينتهى أمدها بانتهاء المدّة اذا حدّدت لها مدّة ، وبانتهاء حياة الموصى له اذا أطلقت عن تحديد مدّة أو نص فيها على الأبد . ولا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصى له لأنهم غير موصى لهم بهـا ، ولأن المنافع لا تورث وحدها، بل تورث تبعا لإرث الأعيان .

حكم الوصية — اذا تمت الوصية باستيفاء ركنها وشروطها ترتب عليها حكمها، وهو ثبوت الملك بعد موت الموصى للموصى له فيما أوصى له به. فاذا كان موصى له

---

(١) وقد أخذنا بمذهب الامام أحمد فى مشروع الاصلاح لبعض أحكام الوقف ، وبينا فى مذكرتنا ما فى الأخذ به من مصالح .

بالعين ملكها ملكية تامة، وكان له بعد موت الموصى حق التصرف فيها بجميع التصرفات التى للمالك فى ملكه وتورث عنه بعد مماته. واذا كان موصى له بالمنفعة ملكها على حسب نص الوصية من حيث نوع الانتفاع وأمده على ما بينا، وتكون فى هذه الحال رقبة العين الموصى بمنفعتها ملكا لورثة الموصى. ولكن ملكيتها ناقصة حتى يستوفى الموصى له حقه فى منفعتها. وقد قدمنا أن الموصى مادام حيا له الرجوع عن وصيته، لأنه لم يحصل إلا الايجاب وحده فله العدول عنه لأنه لم يتم العقد. وهذا من الوجهة القضائية. أما من الوجهة الخلقية فمن شرع فى خير فعليه أن يمضى فيه، والله يحب العبد اذا عمل عملا أن يتمه، وهو سبحانه يمد بمعونته من أراد الخير و يوفقه الى أن يتمه وأن يتبع الخير بخيرات:

والحمد لله على نعمة التوفيق

قانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠

خاص بأحكام النفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصية

نحن سلطان مصر :

بعد الديباجة — رسمنا بما هو آت :

الباب الأول — فى النفقة

القسم الأول — فى النفقة والعدّة

مادة ١ — تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ — المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

مادة ٣ — من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدّتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض، فان آدعت أنها رأت الدم فى أثنائها أخرت الى أن ترى الدم مرة أخرى، أو الى أن تمضى سنة بيضاء، وفى الثالثة إن رأت الدم انقضت عدّتها وإن لم تره تنقضى العدّة بانتهاء السنة .

فان كانت مرضعا وحاضت فى أثناء الرضاع اعتدت بالاقراء وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدّة الرضاع ، كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدّم . وفى الحالتين لا تسمع دعوى أن لها عادة فى الحيض لأكثر من سنة[1] .

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

*

القسم الثانى — فى العجز عن النفقة

مادة ٤ — إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته، فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وإن أدعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا . وإن أثبته أمهله مدّة لا تزيد على شهر، فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة ٥ — إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا ، فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة ٦ — تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للانفاق فى أثناء العدّة ، فاذا لم يثبت إيساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

الباب الثانى — فى المفقود

مادة ٧ — اذا كان للمفقود وهى من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها الى القاضى وتبين الجهة التى يظن أنه سار اليها ويمكن أن يكون موجودا بها . وعلى القاضى أن يبلغ الأمر الى وزارة الحقانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة . فاذا مضت مدّة أربع سنين من حين رفع الأمر الى القاضى ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر، يعلن القاضى الزوجة ، فتعتد عدّة وفاة أربع أشهر وعشرة أيام . وبعد انقضاء العدّة يحل لها أن تتزوّج بغيره .(١)

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مادة ٨ — اذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدّة وفاة الأول .

الباب الثالث — فى التفريق بالعيب

مادة ٩ — للزوجة أن تطلب التفريق بينها و بين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوّجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد و رضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ — الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١١ — يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الباب الرابع — فى أحكام متفرّقة

مادة ١٢ — تسرى أحكام المادة الثالثة من هذا القانون على المعتدات اللاتى حكم لهن بنفقات عدّة بمقتضى أحكام نهائية صادرة قبل تنفيذ هذا القانون[1] .

مادة ١٣ — على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون، و يسرى العمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ما

صدر بسراى رأس التين فى ٢٥ شوّال سنة ١٣٢٨ (١٢ يوليه سنة ١٩٢٠)

فؤاد

بأمر الحضرة السلطانية

رئيس مجلس الوزراء

محمد توفيق نسيم

وزير الحقانية

أحمد ذو الفقار

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩
خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

نحن فؤاد الأول ملك مصر :

بعد الديباجة — رسمنا بما هو آت :

١ — الطلاق

مادة ١ — لا يقع طلاق السكران والمكره .

مادة ٢ — لا يقع الطلاق غير المنجز، إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

مادة ٣ — الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

مادة ٤ — كنايات الطلاق ، وهى تحتمل الطلاق وغيره ، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

مادة ٥ — كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠

٢ — الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

مادة ٦ — إذا أدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حَكَمَيْن ، وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) .

مادة ٧ — يشترط فى الحَكَمين أن يكونا رجلين عدلين من أهـل الزوجين إن أمكن، و إلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ — على الحَكَمين أن يتعرّفا أسباب الشقاق بين الزوجين و يبذلا جهدهما فى الاصلاح، فان أمكن على طريقة معينة قررا .

مادة ٩ — إذا عجز الحَكَمان عن الاصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما. أو جهل الحال . قررا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ — إذا اختلف الحَكَمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكّم غيرهما .

مادة — ١١ على الحَكَمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

٣ — التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه

مادة ١٢ — إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

مادة ١٣ — إن أمكن وصول الرسائل إلى الغـائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها، فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرّق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .

و إن لم يمكن وصـول الرسـائل إلى الغائب طلقهـا القاضى عليـه بلا إعذار وضرب أجل .

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس المحكوم عليـه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدّة ثلاث سنين فأكثر، أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٤ ــ دعوى النسب

مادة ١٥ ــ لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها و بين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٥ ــ النفقة والعدّة

مادة ١٦ ــ تقدّر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة .

مادة ١٧ ــ لاتسمع الدعوى لنفقة عدّة لمدّة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق . كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

مادة ١٨ ــ لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدّة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدّة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

٦ ــ المهر

مادة ١٩ ــ إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فان عجزت كان القول للزوج بيمينه ، إلا إذا ادّعى مالا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل .

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

٧ ــ سنّ الحضانة

مادة ٢٠ ــ للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك .

٨ ـ المفقـــود

مادة ٢١ ـ يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى، فيفوّض أمر المـدّة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى، وذلك كله بعد التحرّى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا .

مادة ٢٢ ـ بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المـادة السابقة تعتدّ زوجته عدّة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

مادة ٢٣ ـ المراد بالسـنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

مادة ٢٤ ـ تلغى المواد (٣ و٧ و١٢) من القانون نمرة ٢٥ سـنة ١٩٢٠ التى تتضمن أحكاما بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

مادة ٢٥ ـ على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر أن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة ؛

صدر بسراى عابدين فى ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩)

فـــؤاد

بأمر حضرة صاحب الجلالة

وزير الحقانيـــة — أحمد محمد خشبه

رئيس مجلس الوزراء — محمد محمـود

كَمُل طبع "أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية"
بمطبعة دار الكتب المصرية فى يوم الأربعاء ٢٢ شوال سنة ١٣٥٧
(١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨) ٤

محمد نديم
ملاحظ المطبعة بدار الكتب
المصرية

المحامي
ابراهيم عبد الهادي

(مطبعة دار الكتب المصرية ٣٢/١٩٣٨/٢٠٠٠)

